

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

**SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO**

Corso di dottorato di ricerca in diritto civile CICLO XXIV IUS/01



CLAUSOLE DI FORMA E *MERGER CLAUSES*

TUTOR

CHIAR.MA PROF.SSA

ELISABETTA PANZARINI

COORDINATRICE DEL DOTTORATO

CHIAR.MA PROF.SSA

CHIARA TENELLA SILLANI

DOTTORANDA

FRANCESCA GARATTI

MATR. R08266

A.A. 2010/2011

Al mio amato nonno Alberto

INDICE

CAPITOLO I: FORMA E FORMALISMO CONVENZIONALE TRA PASSATO E PRESENTE	1
1. Considerazioni introduttive	2
2. Forma e formalismo: differenze tra formalismo legale e volontario.....	11
3. Origini storiche e lacune disciplinari dell'art. 1352 c.c.....	24
4. Natura giuridica della clausola di forma.....	41
CAPITOLO II: VESSATORIETA' DELLA CLAUSOLA DI FORMA INSERITA NEL CONTRATTO TRA CONSUMATORE E PROFESSIONISTA	59
1. Forme volontarie ed effetti: un legame indissolubile	60
2. Contratti standard, condizioni generali di contratto e clausole di forma.....	65
3. Clausole di forma come limite all'autonomia privata: la clausola "salvo approvazione della casa"	76
4. Clausole di forma che limitano o escludono la responsabilità del professionista: l'avviso di sinistro	84
5. Clausole che limitano o rendono più oneroso l'esercizio dei diritti dell'aderente: i patti sulla prova e la denuncia del difetto di conformità nella disciplina della vendita dei beni di consumo	90
6. La disciplina delle clausole vessatorie dal Codice civile al Codice del consumo	98
7. Origine storica e significato dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons.....	111
8. Codice del consumo tra legislazione speciale e processi di decodificazione	125
CAPITOLO III: <i>MERGER CLAUSES</i> E <i>NO ORAL MODIFICATION CLAUSES</i> TRA FORMA E CONTENUTO DEL CONTRATTO	135
1. Considerazioni introduttive	136
2. Gli ordinamenti di <i>Common Law</i>	144
2.1 <i>Merger clauses</i> e <i>Parol evidence rule</i>	144
2.2 Il problema della forma e dell'oggetto del contratto	153
2.3 <i>Merger clauses</i> e <i>No oral modification clauses</i> in <i>common law</i> e nel diritto uniforme	160

3. Gli ordinamenti di <i>Civil Law</i>	167
3.1 Le clausole di completezza tra forma e oggetto del contratto	167
3.2 Le clausole di completezza e le clausole di forma nel diritto dei consumatori	173
4. Conclusioni	185
BIBLIOGRAFIA	190
Riferimenti bibliografici	190
Riferimenti giurisprudenziali	246
Sentenze Corte Cassazione	246
Sentenze merito	247
Atti e Comunicazioni	247
Elenco casi	248
Elenco periodici stranieri	250

**CAPITOLO I: FORMA E FORMALISMO
CONVENZIONALE TRA PASSATO E PRESENTE**

1. Considerazioni introduttive

Per giungere ad una precisa determinazione del tema d'indagine sono necessarie alcune precisazioni preliminari che interessano entrambi i poli tematici della questione, cioè rispettivamente, il formalismo convenzionale e la contrattazione standardizzata.

Tradizionalmente la definizione e la portata giuridica del formalismo volontario sono rimesse, in via esclusiva, all'art. 1352 c.c., che costituirebbe l'unica previsione espressamente dedicata al tema.

Ad esito di una ricognizione normativa è dato riscontrare ulteriori disposizioni che, pur non mostrando *prima facie* i caratteri propri di un accordo bilaterale diretto alla previsione di una forma per i futuri contratti, consentono ai privati di disciplinare l'aspetto esteriore dei fenomeni giuridici e, pertanto, recano una disciplina che dovrà necessariamente essere coordinata con l'art. 1352 c.c.

Finora, tale coordinamento è stato prospettato, con esiti peraltro divergenti tra loro, solo con riferimento all'art. 1326, 4° co., c.c., al fine di verificare se e in che misura la previsione di una forma determinata per l'accettazione del contratto possa incidere sulla forma convenzionalmente prescelta per il contratto stesso¹.

Ancora indefinita, invece, risulta la portata dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons., il quale, con esclusivo riferimento ai contratti tra consumatore e professionista, presume la vessatorietà delle clausole dirette a «limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità».

L'inciso finale della norma consentirà, nel prosieguo della trattazione, di determinarne l'esatta portata applicativa, dimostrando che essa si riferisce anche alle clausole di forma, delle quali dunque prevede, sia pure a talune condizioni tutte ancora da vagliare, la vessatorietà, offrendo, del formalismo volontario nei contratti consumeristici, una visione diametralmente opposta rispetto a quella posta alla base dell'art. 1352 c.c.

Queste prime battute confermano, del resto, quanto la dottrina ha già ampiamente evidenziato anche solo muovendo esclusivamente dall'art. 1352 c.c., cioè la sostanziale inadeguatezza di tale previsione ad esaurire le specifiche articolazioni dei problemi posti dalla forma convenzionale.

¹ L'assimilazione delle due disposizioni si basa sul fatto che entrambe dettano le "condizioni formali" affinché un accordo possa dirsi raggiunto e, dunque, manifestano una comune pertinenza alla questione

Le lacune che connotano la norma, al di là della sua formulazione letterale solo apparentemente lineare, hanno infatti sollevato molteplici dubbi dai quali sono scaturiti numerosi profili di criticità².

Tali perplessità fuoriescono dal terreno del formalismo volontario, coinvolgendo aree tematiche confinanti quali la nozione di negozio giuridico³ e di patto, il rapporto tra i principi di libertà delle forme, sovranità delle parti e autonomia negoziale, gli istituti del recesso e della revoca dei patti tra privati, le categorie dell'invalidità e dell'inefficacia negoziale.

Discorrere di clausole di forma, pertanto, presuppone costanti rimandi a tematiche di più ampio respiro, al fine di far luce sui chiaroscuri di un dibattito reso ancor più complesso dalla scarsa disciplina legislativa e dalla tendenza dottrinale e giurisprudenziale ad interpretare i patti sulla forma alla luce dei criteri ermeneutici adoperati nell'ambito delle forme legali⁴.

Data la natura poliedrica dell'oggetto di indagine, la sua contestualizzazione nel nostro ordinamento non rappresenta certamente un'operazione fine a se stessa, soprattutto se operata in seguito ad un confronto tra l'esperienza interna, comunitaria e quella dei principali ordinamenti europei.

² Per un approfondimento dei principali nodi problematici legati all'interpretazione e all'applicazione dell'art. 1352 c.c. si rinvia a GALLO, *La forma*, in *Trattato del contratto*, II, diretto da GALLO, Torino, 2010, p. 1127 ss.

³ Le opinioni espresse in materia di forma sono strettamente connesse alla concezione propugnata o accolta del negozio giuridico. Su rapporto tra le nozioni di forma e di negozio giuridico, si veda DI GIOVANNI, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, II, Torino, 1999, p. 885; MASUCCI, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di CENDON, Torino, 2000, p. 2; SANTORO PASSARELLI, *Atto e forma del negozio giuridico*, in *La forma degli atti del diritto privato*, Studi in onore di Michele Giorgianni, Roma-Napoli, 1988, p. 730; FROSINI, *Formalismo e morfologia nell'interpretazione del negozio giuridico*, in *La forma degli atti di diritto privato*, Studi in onore di Michele Giorgianni, Roma-Napoli, 1988, p. 235.

⁴ L'art. 1352 c. c è stato pensato sulla base di una considerazione meramente parziale di un problema ben più ampio, limitandosi a regolamentare il profilo della finalità, costitutiva o probatoria, dei requisiti di forma voluti dai contraenti. La complessità della tematica, tuttavia, avrebbe imposto l'approfondimento di numerosi nodi problematici che, al contrario, sono stati sottovalutati dal legislatore codicistico. Del resto, anche il formante dottrinale non ha dedicato alla questione l'attenzione che essa avrebbe richiesto. Non deve destare stupore, pertanto, la circostanza che solo pochi studiosi si siano occupati di forma convenzionale negli anni successivi all'emanazione del Codice civile. Obbligatorio, a tal proposito, il rinvio all'opera monografica di GENOVESE, Anteo, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949. Altri Autori si sono soffermati sul tema, ma solo in via incidentale. Cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile libro IV*, II ed., Torino, 1967, p. 11; R. SCOGNAMIGLIO, sub. artt. 1321-1352, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 65; CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1987, p. 119. A partire dagli anni '90, parte della dottrina ha affrontato il tema con maggior realismo e spirito critico. Le opere di FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Napoli, 1994 e VERDICCHIO, *op. cit.*, rappresentano un esempio di un nuovo approccio al formalismo volontario, che viene affrancato dall'ambito delle forme legali e ottiene un autonomo riconoscimento quale tematica dotata di una propria dignità scientifica. Doveroso, infine, il richiamo a SETZER, *Sulla pattuizione dello scritto*, in *particolare della l. 17 cod. de fide instrumentorum*, traduzione e cura di ADDIS, Napoli, 2005.

Poiché la dottrina italiana ha sottovalutato l'importanza delle forme convenzionali, lo sguardo oltralpe potrà suggerire inedite chiavi di lettura capaci di relativizzare la natura criptica della tematica analizzata.

Attraverso la comparazione, dunque, si cercherà di pervenire ad una visione complessiva dell'oggetto di studio, non più costretto entro gli esigui confini delle singole esperienze nazionali.

Inoltre, ed è questo un aspetto che pare opportuno anticipare rinviandone l'approfondimento alle pagine successive, il tema di ricerca si arricchisce di ulteriori elementi di complessità ponendosi in una prospettiva teleologica⁵.

L'analisi causalmente orientata, infatti, dimostra come i contraenti possono adoperare gli strumenti dell'autonomia negoziale per conseguire risultati che, pur non essendo direttamente riconducibili al fenomeno delle forme autoimposte, ne fanno propri gli effetti.

Nel prosieguo della trattazione si affronterà diffusamente il tema delle clausole di completezza, termini contrattuali che non rientrano nel novero degli accordi sulla forma così come intesi dall'art. 1352 c.c. ma che consentono, tuttavia, di raggiungere obiettivi non dissimili mediante l'imposizione di un requisito formale.

L'approccio assiologico allo studio delle clausole contrattuali, siano o meno pattuizioni sulla forma, costituisce un aspetto centrale della presente ricerca poiché testimonia l'insufficienza delle ricostruzioni dottrinali tradizionali in materia di formalismo volontario.

Trascurando i profili funzionali dei vincoli di forma, non solo si riducono ingiustificatamente i confini del formalismo convenzionale, di cui viene fornita un'immagine riduttiva e lacunosa, ma si sottovalutano altresì le potenzialità applicative di numerose prescrizioni capaci, al pari degli accordi sulla forma *stricto sensu*, di pregiudicare in egual misura gli spazi dell'autonomia privata attraverso il ricorso a forme predeterminate.

L'indagine nella quale si intende cimentarsi non può mostrarsi insensibile alla recente tendenza emersa nella prassi contrattuale, che si sostanzia nell'utilizzo di termini

⁵ La prospettiva assiologica conduce ad esiti diametralmente opposti a quelli basati su un approccio di tipo nichilista. Mentre, infatti, il nichilismo sostiene l'indifferenza della forma agli scopi, la metodologia teleologicamente orientata evidenzia come la forma sia posta al servizio dei valori che i contraenti intendono perseguire mediante l'attività negoziale. Pertanto, la piena comprensione del significato e della funzione delle forme in ambito contrattuale passa necessariamente attraverso l'indagine sugli interessi che sottendono alle scelte effettuate dai privati. Sul nichilismo cfr. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 24 ss.; SUMMERS, *The new analytical jurists*, in *The jurisprudence of law's form and substance*, Aldershot, 1999, p. 866.

contrattuali differenti da quelli sulla forma ma piegati al perseguimento delle medesime finalità.

Queste brevi considerazioni orientano l'attività dell'interprete verso una riflessione sulle ragioni del vincolo di forma, a prescindere dalla tipologia di prescrizioni attraverso le quali viene concretamente attuato l'irrigidimento del profilo esteriore di un atto.

Gli esiti auspicabili, dunque, non sono di ordine meramente sistematico: a fronte di un panorama normativo comunitario che restituisce un modello di forma negoziale privo di un'identità sovranazionale, si cercherà di ricondurre ad unità sistematica i numerosi spunti offerti da legislatori interni, dottrina e giurisprudenza al fine di pervenire ad una visione più moderna delle forme autoimposte.

L'obiettivo manifesta significative ricadute sul piano operativo.

Innanzitutto, l'identificazione di soluzioni applicative condivise potrebbe dare origine a un processo di uniformazione del diritto europeo dei contratti⁶.

Com'è noto, la dottrina si interroga ormai da tempo sull'opportunità di redigere un codice europeo per la materia contrattuale⁷ in primo luogo, e sulle modalità e le caratteristiche che tale iniziativa dovrebbe rivestire.

⁶ «Un diritto europeo dei contratti, che non siano i contratti con il consumatore, reso tendenzialmente uniforme in Europa per direttiva comunitaria, oggi non può dirsi esistente. Lo si può certo auspicare, come contributo alla creazione di un altrettanto auspicabile mercato europeo»: così, GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr. Europa*, 2005, p. 520. Sull'importanza del dialogo infrastatale in tema di formazione del contratto, ADDIS, *La formazione dell'accordo nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, p. 8. Sul tema del diritto europeo dei contratti, *ex multis*, SACCO, *Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un codice europeo*, in *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, diretto da MOCCIA, Milano, 1993, p. 87; HONDIUS, *Towards a European Civil Code, the debate has started*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 1997, p. 455.

⁷ L'elaborazione di un codice europeo dei contratti, nelle intenzioni del gruppo di ricerca che si è dedicato alla sua stesura, dovrebbe servire per risolvere i «problemi che derivano non solo dal contrasto fra i vari ordinamenti, ma anche dalle mutate esigenze socio-economiche e dalla stessa evoluzione della coscienza sociale»: così STEIN, *Norme fondamentali in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 229. Sul punto cfr. DIETER, *Il contratto in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, VI, p. 643; ALPA, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita*, in *Contratti*, 2007, p. 837; FRATTINI, *Un codice europeo dei contratti: un'altra tappa verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza, e giustizia nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, IV, p. 403; ALESSANDRO, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007; TONDO, *Verso un codice europeo dei contratti*, in *Vita not.*, 2006, p. 116; ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica, e non apologetica*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 25; ID., *Quale diritto europeo dei contratti?*, in *Contratto e diritto uniforme*, a cura di VENDITTI e GATT, Napoli, 2005, p. 109 ss.; ID., *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *A European civil code? Perspectives and problems*, a cura di ROPPO, Milano, 2005, p. 274; CASTRONOVO, *Verso un codice europeo: i principi di diritto europeo dei contratti*, in *Vita not.*, 2004, p.18; CAFAGGI, *Una governance per il diritto europeo dei contratti*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 371; GANDOLFI, *Per la redazione di un codice europeo dei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1073. Del resto sono numerosi gli atti di fonte non autoritativa predisposti per individuare una base comune in vista dell'uniformazione della materia contrattuale nel panorama europeo. Si pensi ai principi elaborati dalla Commissione Lando. Per un approfondimento sul punto, LANDO e BEALE, *Principles of European Contract Law-Parts I and II*, prep. by The Commission on European Contract Law, London-Boston, 2000.

Proprio in relazione alle obbligazioni e ai contratti, e ancor prima dell'avvento della Comunità Europea, si sono avuti i primi tentativi di unificazione legislativa a livello sovranazionale⁸: storicamente, dunque, l'ambito contrattuale è stato considerato un «tronco assolutamente riconoscibile da tutti»⁹, una materia della quale si è auspicata l'uniformazione al fine di superare le diversità esistenti tra gli ordinamenti nazionali.

Un'ulteriore riflessione merita di essere segnalata da subito.

Nella rivisitazione dell'istituto della forma, pur se compiuta nei ristretti limiti che questa esposizione consente, si avrà modo di denunziare l'insufficienza delle categorie ermeneutiche tradizionali, con le quali non pare possibile dar conto della configurazione proteiforme della tematica in esame.

Nell'impossibilità di cimentarsi in una disamina esaustiva dei requisiti di forma, ai fini del presente lavoro interessa solo suggerire una diversa lettura dell'oggetto di studio che consenta di aprire inedite prospettive interpretative sul tema di ricerca.

Poiché qualsiasi clausola che si risolve nell'autoimposizione di un vincolo di forma deve essere sottoposta ad un controllo di vessatorietà, ne deriva l'esigenza di indagare la nozione e le concrete funzioni dei requisiti di forma. Tale approfondimento appare proficuo non solo in vista di una migliore comprensione dei patti sulla forma, ma anche al fine di chiarire in che misura sia possibile estendere il trattamento giuridico previsto per gli accordi sulla forma alle clausole che non rientrano in questa categoria ma che con essa manifestano evidenti punti di contatto sul piano effettuale.

Pertanto, pur essendo consapevoli che la polisemia del termine "forma"¹⁰ rende illusorio qualsiasi tentativo di *reductio ad unum* a fronte delle molteplici variabili che concorrono a determinarne l'identità, solo chiarendone in via preliminare il significato sarà possibile tracciare il successivo sviluppo della trattazione.

Nel tentativo di ripensare categorie ermeneutiche ormai superate, si effettuerà un'analisi comparativa delle forme volontarie e delle forme imposte per via legislativa.

⁸ Si allude al Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti, che risale al 1927. «Il progetto prova storicamente che la materia in esso contenuta è la prima che in maniera concreta si è disposti a commettere ad un'opera di unificazione legislativa quando si voglia uscire dal terreno dei più desideri e ci si confronti con il reale possibile»: così CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 25.

⁹ Così CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo*, in *Vita not.*, 2000, p. 1198. Del resto, l'esigenza di rifondare la disciplina del contratto è emersa con "pressante urgenza" proprio in relazione ai requisiti della forma e della causa del contratto. Indicazioni in tal senso si traggono dall'esame dei lavori delle Commissioni Lando e Gandolfi, impegnate nell'elaborazione di un progetto di riforma del Codice europeo dei contratti e delle obbligazioni. Per un approfondimento sul punto cfr. LA PORTA, *Globalizzazione e diritto: regole giuridiche e diritto*, Napoli, 2007, p. 220.

¹⁰ Autorevole dottrina ha utilizzato l'espressione "eterogenesi di significati" del concetto di forma in ambito contrattuale per sottolineare l'impossibilità di definire in modo univoco il termine in esame. Sul punto, ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1965, p. 562.

In tal modo, individuando le peculiarità dei due formalismi ed il loro diverso fondamento giuridico, sarà più agevole cogliere la reale natura delle clausole di forma e descrivere i vantaggi connessi al loro inserimento nel contratto.

I rilievi sviluppati in tale sede, inoltre, indurranno l'abbandono della rigida contrapposizione tra la regola della libertà formale, tradizionalmente considerata il logico corollario dell'autonomia privata, e le eccezioni delle forme vincolate.

Tale dicotomia risulta inidonea a comprendere la variegata fenomenologia dei requisiti formali, non riconducibili all'interno di una costruzione concettuale unitaria né dal punto di vista delle finalità che perseguono, né sul versante delle conseguenze per la loro inosservanza.

L'approccio funzionalistico consentirà di dubitare del carattere inoppugnabile del principio della libertà delle forme, di cui non si negherà solo la natura di regola generale ma anche l'effettiva vigenza all'interno del nostro ordinamento¹¹.

L'integrazione dei profili strutturali e causali, inoltre, permetterà di superare un'altra distinzione ricorrente in materia di forma, quella tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*.

Dottrina e giurisprudenza hanno mostrato una spiccata sensibilità verso la tematica, tuttavia si sono limitate a chiarire il significato della forma costitutiva e probatoria senza accedere a opzioni ricostruttive capaci di superare questa rigida partizione.

Poiché in numerose ipotesi il requisito di forma non è voluto ai fini probatori e non inerisce nemmeno alla validità dell'atto, la molteplicità dei motivi alla base delle prescrizioni di forma rende metodologicamente discutibile la prospettiva dualistica, della quale si tenterà di evidenziare l'inadeguatezza scientifica.

Constatata l'eterogeneità delle finalità del requisito formale, diventa di evidente cogenza la rilettura della tematica in esame.

Lo studio delle clausole di forma non può rimanere ancorato a schemi ermeneutici che prescindono dalle esperienze e le peculiarità del contesto storico di riferimento: la determinazione della precipua valenza di principi e concetti giuridici non può mostrarsi insensibile al dato temporale¹².

¹¹ La necessità di applicare la prospettiva assiologica al formalismo, sia esso legale o volontario, è ben evidenziata da LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto*, Roma-Napoli, 2005, p. 57. Secondo l'Autore non è possibile rappresentare il fenomeno formalistico come «territorio di esclusivo imperio della struttura della fattispecie, separato da quello governato dalla funzione, ed esaurirne la descrizione all'interno delle problematiche del tipo negoziale, come dato relativo sempre e soltanto a un fenomeno di organizzazione e mai di valutazione di interessi».

¹² Le categorie concettuali sono provvisorie e relative. Bisogna abbandonare «la convinzione che aveva sostenuto le origini della cultura della codificazione, cioè la convinzione dell'esistenza di concetti

Ecco perché l'approccio storiografico si rivelerà utile per capire l'origine e la *ratio* di alcune opzioni interpretative che si sono sedimentate in seno al formante dottrinale occupatosi della tematica formalistica.

Nel doveroso rinvio alle pagine successive dell'approfondimento in chiave storiografica, pare opportuno anticipare una considerazione.

La forma è stata analizzata nelle diverse epoche avvalendosi di criteri logici eterogenei. Trattandosi di un concetto estremamente relativo che impone una costante opera di contestualizzazione e di rimando ai principi e alle categorie ermeneutiche attuali, non è possibile individuarne uno sviluppo unitario.

E' parimenti innegabile l'esistenza di numerosi tratti comuni alle differenti esperienze giuridiche: conoscere tali affinità facilita la comprensione dell'origine e della *ratio* di alcune opzioni ermeneutiche in tema di formalismo convenzionale che si sono sedimentate in seno al formante dottrinale.

In particolare, la conoscenza delle radici storiche delle soluzioni codicistiche al problema della forme autoimposte farà emergere il pesante influsso esercitato dal diritto romano sui codici moderni. Si vedrà, a tal proposito, che l'art. 1352 c.c. è il prodotto di una tradizione secolare basata sulla dubbia assimilazione del formalismo volontario a quello legale.

La collocazione dell'art. 1352 c.c. e le scelte terminologiche operate dal legislatore codicistico sono state profondamente influenzate dall'utilizzo di canoni interpretativi propri del formalismo legale.

Muovendo da questa constatazione, l'indagine si volgerà alla questione delle lacune disciplinari in tema di forme autoimposte e, dunque, si collocherà all'interno di una prospettiva incline a sottoporre la disposizione in esame a revisione critica.

Nel tentativo di dare il polso della complessità dell'argomento, si affronteranno solo i profili tematici che non esorbitano dalle finalità della presente ricerca.

giuridici invariabili nonostante la varietà delle applicazioni storiche»: così VIOLA, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in AA.VV., *La controversia ermeneutica*, a cura di NICOLACI, Milano, 1989, p. 62; CESARINI SFORZA, *Sulla relatività dei concetti giuridici*, in *Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto dell'Università di Roma*, II, 1941, p. 153 Il carattere relativo di ogni ricostruzione non deve indurre a disconoscere l'importanza dello studio del diritto nella sua componente storica. Constata l'intrinseca storicità del diritto e l'insufficiente capacità classificatoria delle categorie passate, la riflessione giuridica dovrebbe elaborarne di nuove servendosi degli insegnamenti e delle esperienze giuridiche passate. La questione è ampiamente trattata da DANANI, *La questione dell'oggettività ermeneutica di Emilio Betti*, Milano, 1998, p. 103, secondo la quale esiste una logica immanente nell'evoluzione storica ed «essa perviene a consapevolezza attraverso il lavoro della tradizione ed è la ragione per cui possiamo distinguere senza arbitrio tra ciò che è particolare e transeunte e ciò che esprime, invece, una struttura interna delle cose».

L'analisi del dato codicistico non si risolverà sulla base della mera lettura della norma, ma si espanderà nel tentativo di valutarne la coerenza logica e la completezza.

Un sintetico approfondimento sarà dedicato alla natura del requisito di forma: nonostante la disposizione si riferisca solo alla scrittura, si dimostrerà che anche tipologie formali differenti possono integrare un vincolo di forma di origine pattizia.

Si esaminerà, inoltre, un altro aspetto in relazione al quale l'art. 1352 c.c. è fortemente lacunoso: riferendosi solo ai "futuri contratti", si ha l'impressione che il legislatore abbia voluto limitare l'applicazione delle forme autoimposte ai negozi giuridici contrattuali ed escludere, pertanto, le ipotesi in cui i contraenti abbiano disciplinato la forma di dichiarazioni e atti unilaterali.

L'individuazione degli interessi alla base del patto sulla forma consentirà di estendere il relativo ambito di operatività oltre il tenore letterale della norma.

Attraverso la trattazione delle principali questioni problematiche legate all'interpretazione e all'applicazione dell'art. 1352 c.c. si vuole dimostrare che la disposizione disciplina solo uno dei molteplici aspetti connessi all'utilizzo delle forme convenzionali: pare dubbia, dunque, una sua qualificazione nei termini di norma generale.

L'analisi dei rapporti tra Codice civile e Codice del consumo costituisce una conferma in tal senso e consente di inquadrare correttamente la disposizione consumeristica sulle clausole di forma.

In estrema sintesi, sono due le letture fornite dalla dottrina sul punto: l'adesione all'una piuttosto che all'altra determina implicazioni operative diametralmente opposte.

Se si ritiene che il Codice del consumo sia una legge complementare al Codice civile, l'art. 33 sarà suscettibile di applicazione esclusivamente in relazione alle ipotesi in esso contemplate: al di fuori della sua esigua portata, vigerà la presunzione di validità di cui all'art. 1352 c. c.¹³.

Conseguentemente, fatta eccezione per quanto espressamente stabilito dalla disposizione, le clausole di forma dovranno essere considerate valide – e dunque non si presumeranno vessatorie – in forza del richiamo all'art. 1352 c.c.

¹³ «Se si pensa ai codici di settore come a leggi complementari al codice civile, il distacco fra disposizioni codicistiche non viene ad assumere i connotati di una frattura»: così ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, VI, p. 355; GALGANO, *Un codice per il consumo*, in *Vita not.*, 2007, p. 50. L'Autore, riferendosi ai codici di settore (tra i quali annovera il Codice del consumo), ritiene che essi siano «strettamente collegati al codice civile, partecipano della natura stessa del codice civile». Sulla complementarità del diritto dei consumatori rispetto al diritto civile, PIZZIO, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, in *Droit du marché e droit commun des obligations*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 53.

Al contrario, accedendo alla visione di quanti considerano il Codice del consumo un codice autonomo, l'esito ultimo di un lento processo di decodificazione del diritto civile¹⁴, si dovrà necessariamente concludere che l'art. 33, per il suo settore di riferimento, è norma generale.

Ne deriverà che la presunzione di vessatorietà della clausola di forma, esclusa solo dalla trattativa *inter partes*, opererà in relazione a tutti i contratti del consumatore, estendendosi al di fuori dei limitati confini della disposizione.

In tal modo, le previsioni contenute nella lettera q dovranno essere interpretate come due distinte fattispecie, il che equivarrà a privare di ogni rilievo applicativo il riferimento alle «suddette» obbligazioni, cioè le obbligazioni assunte dal mandatario per conto del mandante professionista.

L'annosa questione dei rapporti tra disposizioni codicistiche e consumeristiche – dei quali, ad esito del lavoro di ricerca, si intende dimostrare la necessità di un ripensamento – non può certo esaurirsi in questi brevi cenni preliminari e sarà oggetto di una successiva e più approfondita trattazione.

In questa sede, tuttavia, si è ritenuto opportuno sottolineare come l'ambito di applicazione dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons. non coincide perfettamente con quello disciplinato dal Codice civile in tema di condizioni generali di contratto agli artt. 1341, 1342.

L'art. 1352 c.c., pertanto, rappresenta una parziale manifestazione di un fenomeno ben più ampio; da questo punto di vista il Codice del consumo offre spunti significativi ai fini di una ricostruzione in chiave moderna e più realistica del formalismo convenzionale poiché evidenzia la complessità di una tematica che il Codice civile e la dottrina che si è occupata della materia hanno sottovalutato.

Inoltre, l'esame della prassi contrattuale arricchisce ulteriormente il dibattito sul punto, rendendolo ancor più attuale, nella misura in cui emergono i profondi legami esistenti tra gli accordi sulla forma e le clausole che risultano causalmente orientate al perseguimento di analoghi obiettivi, pur essendo strutturalmente difformi.

Sintetizzando l'iter argomentativo che si seguirà nel corso del presente capitolo, ad un iniziale inquadramento di carattere generale del formalismo convenzionale, seguirà un

¹⁴ Sulla decodificazione e, più in generale sui profili della tecnica legislativa, AA.VV., *Le sintesi di un convegno sulle tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 273; IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999. Attraverso il Codice del consumo, il legislatore ha voluto individuare un modello autonomo che trova al suo interno regole proprie. Impensabile, dunque, considerarlo una legge complementare al Codice civile a fronte della sua valenza autonomista. Così, ADDIS, *Il codice del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 875.

approfondimento delle analogie e delle differenze tra forme *ex lege* e forme autoimposte.

Vale la pena anticipare in questa sede l'esito dell'esame condotto sul punto: i due fenomeni manifestano una spiccata identità che rende fuorviante qualsiasi confronto in termini omologativi: l'esame delle origini storiche dell'art. 1352 c.c. confermerà l'impossibilità di ricondurre le forme volontarie all'interno del formalismo di matrice legale.

Dopo una parentesi dedicata alle lacune disciplinari e ai difetti di formulazione della disposizione codicistica, si analizzeranno le principali opinioni espresse dalla dottrina in relazione alla natura giuridica dei patti sulla forma.

In questo modo, si intende dotarsi del bagaglio nozionistico indispensabile per affrontare nel capitolo successivo la tematica delle forme volontarie all'interno della contrattazione standardizzata e, in particolare, delle clausole di forma predisposte unilateralmente dal professionista nei contratti *business to consumer*.

Il binomio forme volontarie-condizioni generali di contratto presenta una sua problematicità intrinseca posto che il venir meno di un'autentica convenzionalità può generare gravi situazioni di squilibrio tra i contraenti.

Per questa ragione, lo studio della negoziazione standardizzata sarà accompagnato da una riflessione sul significato dell'autonomia negoziale, per verificare se le condizioni generali di contratto e, ai fini che qui interessano, l'irrigidimento dei vincoli di forma attuato dal contraente forte mediante una prescrizione sulla forma, costituisca un limite della libertà contrattuale o un suo fattore di implementazione.

2. Forma e formalismo: differenze tra formalismo legale e volontario

Uno studio civilistico sulla forma richiede un impegno argomentativo e una profondità di indagine eccedenti l'economia del presente lavoro.

Tuttavia, solo calando la nozione di forma all'interno del sintagma "clausole di forma", si potrà procedere in una seconda fase ad un esame compiuto delle forme autoimposte.

A tal fine, si intende cimentarsi in un rapido *excursus* dello stato dell'arte in tema di forma, nella consapevolezza che la molteplicità delle accezioni che connota il termine ne rende impraticabile una descrizione unitaria¹⁵.

¹⁵ Secondo un'autorevole dottrina, le difficoltà nell'individuare un significato univoco del termine "forma" spiegherebbero l'assenza di una definizione legislativa della stessa. Sul punto PUGLIATTI, *La*

Pur non potendo individuare una categoria dotata di valenza ordinante¹⁶, pare utile dar conto sinteticamente dei due principali significati¹⁷ del vocabolo nella sfera del diritto. Considerando la forma quale aspetto della fisicità dell'espressione umana, la distinzione tra atti giuridici formali e non formali risulta infondata dal momento che nessun fenomeno giuridico può essere reso riconoscibile senza l'ausilio di una realtà sensibile che lo manifesta¹⁸.

trascrizione, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1957, p. 417. Sulla polisemia che connota la forma, PALAZZO, *La forma negoziale tra nuove polemiche e sicure realtà*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, p. 809; AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1994, p. 32. L'Autore evidenzia le difficoltà insite in una ricostruzione priva dell'elasticità necessaria a ricomprendere al suo interno le diverse funzioni assunte dalla forma. I labili confini tra la forma e le altre exteriorità, unitamente alle incertezze ai margini tra forma e formalismo, rendono ancor più problematica una concezione totalizzante della forma. Di recente, si veda anche SACCO, *La nozione di contratto*, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, I, Torino, 2004, p. 703 ss.; CIVITARESE MATEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, p. 19 ss. Autorevole dottrina evidenzia la natura composita della tematica formalistica: «dalla forma come manifestazione alle singole formalità vincolate, il passaggio comporta una discontinuità qualitativa, che è qualcosa di meno rispetto a un'assoluta eterogeneità di paradigmi, ma è anche qualcosa di ben diverso rispetto a una assoluta identità»: così BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, I, *Formazione*, a cura di GRANELLI, Milano, 2007, p. 480.

¹⁶ La polisemia dell'espressione "forma" si spiega alla luce della natura ambivalente del termine greco εἶδος – l'equivalente della "forma" in latino- che compare nella filosofia platonica per indicare «sia il "che cosa è" dell'ente sensibile, sia il "che cosa è" di se stessa». Sul punto cfr. SEVERINO, *La filosofia antica*, Milano, 1994, p. 98. Per una panoramica generale sulla forma in ambito giuridico, *ex multis*, PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi sen.*, 2004, p. 105; MASUCCI, *La forma*, in *Trattato di diritto privato europeo*, diretto da LIPARI, I, Padova, 2003, p. 575; CAMARDI, *La forma del contratto*, in BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, XXI, in *Il contratto in generale*, a cura di ALESSI e GRISI, II, Milano, 2002, p. 1369; DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395; PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 448; LISERRE, *Forma degli atti*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2; ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, cit., p. 555; TALAMANCA, *Forma degli atti*, in *Enc. for.*, III, Milano, 1958, p. 47; OSTI, *Forma (negli atti)*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, Milano, 1923, p. 200.

¹⁷ Sulla duplice accezione del termine forma, cfr. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 695 ss. La forma non ha sempre il medesimo significato, dipendendo quest'ultimo dal criterio che informa l'ordinamento giuridico in un determinato momento storico. «*Estos criterios han dado lugar a tres sistemas de contractación: el formalista; el voluntarista o de libertad de forma y un tercer sistema ecléctico que coincide básicamente con el voluntarista pero con determinadas concesiones a la forma*»: così DEL MAR HERAS HERNANDEZ, *La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo*, in *Rev. der. priv.*, 2005, p. 5. L'ambivalenza del termine in esame emerge chiaramente anche in ambito filosofico nella distinzione di stampo aristotelico tra «forma formante» e «forma formata». Solo la prima costituisce un elemento essenziale dal quale non è possibile prescindere affinché la materia venga in essere; la forma formata, invece, si identifica con il mero aspetto esteriore delle cose. Nella concezione aristotelica, senza forma non esiste struttura. Pertanto, la conoscenza dei contenuti non può essere dissociata da quella della forma. Per un approfondimento sul punto cfr. REALE, *Commento ad Aristotele, La Metafisica*, Napoli, 1968, p. 500; LLYOD, *Form and universal in Aristotle*, Liverpool, 1981, p. 27.

¹⁸ «Perché qualcosa per essere, ossia per essere divenuta, deve acquistare una forma che la determina in atto, mentre la materia senza forma è pura possibilità indeterminata»: così CAPECCI, *Struttura e fine: la logica della teologia aristotelica*, L'Aquila, 1978, p. 85. Dello stesso avviso KELSEN, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di PAULSON, Napoli, 1992, p. 41 secondo il quale «solo ciò che è formale è reale». L'idea che non vi possa essere un contenuto giuridico senza forma è presente implicitamente anche in JHERINGH, *Lo scopo del diritto*, Torino, 1972, p. 6; BEHRENS, *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale*, disponibile sul sito <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>

Per tale motivo, nel prosieguo della trattazione si utilizzerà il termine con esclusivo riferimento alla dimensione giuridica¹⁹.

In un'ottica volontaristica, la forma rappresenta un mero recipiente, il dato esteriore che rivela l'intenzione delle parti e rende riconoscibile l'assetto di interessi diviso dalle stesse²⁰.

Quale mezzo sociale con cui i contraenti esprimono il proprio consenso, la forma riveste il ruolo di figura esteriore del contratto²¹.

«Forma vuol dire la parte esterna di un ente e quasi il vaso o lo stampo, entro il quale la essenza si contiene; questa essenza è la volontà»²².

La visione marcatamente disgiunta di forma e sostanza²³, nascondendo la forte connotazione contenutistica del requisito formale, non ne chiarisce la reale portata applicativa.

La ricostruzione in esame, infatti, non coglie il legame inscindibile tra forma e contenuto, il cui rapporto viene descritto nei termini di una rigorosa alterità²⁴.

Pur non potendo soffermarsi sul dibattito filosofico sorto in relazione alla forma, pare utile il rinvio all'autorevole voce di ABBAGNANO, *Forma*, in *Diz. Fil.*, Torino, 1964, p. 406. A tal proposito si veda anche RIVERA LLANO, *Forma del diritto e formalismo giuridico. A proposito di una Filosofia della forma*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2010, p. 271.

¹⁹ Per un approfondimento sul punto si veda IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, Milano, 1988, p. 79. A sostegno dell'opinione contraria, che riconosce alla forma il valore di una condizione costante dell'esistenza giuridica di un fatto, cfr. BETTI, *Negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 215; FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1988, p. 79.

²⁰ La forma attraverso la quale si manifesta la volontà individuale può essere di due tipi. E' diretta, nel caso in cui le parti si avvalgono di «modelli linguistici predefiniti e delle relative tecniche linguistiche». Indiretta, qualora si possa inferire una dichiarazione non espressa da una serie di comportamenti compatibili con la volontà che da essi si fa derivare. Sul punto CERQUETTI, *Rapporti tra forma e contenuto nell'interpretazione contrattuale*, in *Vita not.*, 2010, p. 411.

²¹ Le teorie volontaristiche evidenziano la strumentalità della forma quale segno rivelatore del contenuto. Sul punto MOSCATI, *La forma del contratto*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI e RESCIGNO, coordinato da ZOPPINI, Milano, 2009, pp. 372-392. Per un approfondimento sulla concezione volontaristica del negozio giuridico, FALZEA, *op. cit.*, p. 69, che analizza la ricostruzione in termini volontaristici fornita da F.C. di Savigny.

²² Così CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1938, p. 160.

²³ Secondo un'autorevole dottrina la forma è una «tecnica di comunicazione sociale con cui si manifesta la volontà privata»: così ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 211. In ossequio alla teoria pandettistica, la forma è il mezzo attraverso il quale il contenuto di un atto giuridico viene immesso nella vita dell'intersoggettività giuridica. Si tratta di un semplice veicolo di esternazione del contenuto dal quale si distingue nettamente essendo una categoria dogmatica dotata di autonomia. La forma non si esaurisce nel contenuto, ma si pone al di là di quest'ultimo, mostrando la sua insensibilità ad ogni variazione contenutistica. In tal senso, FERRI, *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994, p. 393; GIORGIANNI, *Forma degli atti*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 988 ss.; IRTI, *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 107; GENOVESE, *Anteo*, *op. cit.*, p. 32.

²⁴ Evidenzia la forte connotazione contenutistica della forma anche VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e Contr.*, 2008, p. 872. Secondo l'Autore la forma rappresenta il modo di essere dell'elemento significante. L'inosservanza del vincolo di forma non elide il collegamento tra significato e significante (il rapporto naturale di significazione). Tuttavia, il negozio giuridico sprovvisto del requisito di forma è privo della capacità di dare luogo ad effetti giuridici. La forma, dunque, non costituisce una mera manifestazione sensibile della volontà: essa

In realtà, partendo dalla inaccettabilità del contrasto tra forma e sostanza e, dunque, ponendosi in un'ottica diametralmente opposta all'opinione tradizionale, le teorie precettive del negozio giuridico mostrano una spiccata sensibilità gnoseologica poiché, consapevoli della congiunzione tra profili strutturali e finalistici, elaborano una nozione ben più ampia di forma, evidenziando chiaramente l'influenza esercitata dai requisiti di forma a livello contenutistico²⁵.

Dall'essere una mera modalità di obiettivizzazione dell'interno volere, un modo per palesare l'intima volontà privata, la forma perde la sua funzione ancillare rispetto al contenuto per divenire un *unicum* inscindibile dalla sostanza dell'atto²⁶.

In questa prospettiva, la forma designa l'oggettiva riconoscibilità del negozio giuridico²⁷ poiché diventa un momento necessario dell'atto che diviene un tutt'uno con la dichiarazione quando essa emerge a livello del giuridicamente rilevante²⁸.

La forma, dunque, esprime l'integrale essenza dell'atto nel suo essere punto di incontro tra profili strutturali e funzionali²⁹.

stessa è contenuto nella sua obiettiva fisicità. Sulla necessità di superare il rigido schematismo insito nel binomio forma vs. contenuto si vedano anche SUMMERS, *Form and function in a legal system. A general study*, Cambridge, 2006, p. 5 ss.; MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 44; FERRI, *Forma e contenuto negli atti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, p. 1; BETTI, *Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico*, in *Temi*, 1963, p. 609; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 134; ID, *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, in *Riv. not.*, 1959, p. 230; PAGLIARO, *Necessità della forma*, in *Il segno vivente. Saggi sulla lingua e altri simboli*, Napoli, 1958, p. 30 ss.; QUADRI, *Sulla legge applicabile alla forma dei negozi giuridici*, in *Studi in onore di Tomaso Perassi*, II, Milano, 1957, p. 233.

²⁵ Il rifiuto di contrapporre nettamente forma e contenuto non significa elevare la forma al di sopra della sostanza ma solo evidenziare l'innegabile connessione tra la componente formale e materiale di qualsiasi atto. Per un approfondimento sulle teorie oggettive e sulla concezione del negozio giuridico come autoregolamento di interessi privati, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 242 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 125 ss.

²⁶ La forma, dunque, non è più separata dal contenuto, ma diventa un fattore interno al contenuto stesso. Essa cessa di essere un qualcosa di impalpabile e neutro e si integra in maniera equilibrata con la realtà che rappresenta. Una simile evoluzione del termine in esame emerge chiaramente dalle letture di ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 123; FROSINI, *Formalismo e morfologia nella logica del diritto*, in *La forma degli atti di diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Roma-Napoli, 1988, p. 235. Più di recente, per un approfondimento sui rapporti tra forma e contenuto e sulla capacità della forma di incidere sul procedimento ermeneutico del contratto, cfr. CERQUETTI, *Le regole di interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, Perugia, 2008.

²⁷ «La forma non solo costituisce il confine tra comportamenti giuridici e meramente sociali. La forma influisce anche sul contenuto dell'agire giuridico, in quanto crea il collegamento tra l'autonomo volere interno del soggetto di diritto e la sua dichiarazione giuridicamente rilevante»: così WOLFSTEINER, *Forma, tutela del consumatore e certezza del diritto*, in *Riv. not.*, 1995, p. 406.

²⁸ Sul punto LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 142.

²⁹ Evidenziano i vantaggi di una ricerca orientata in senso assiologica, PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e Diritto*, Milano, 1978, p. 101; GRASSO, *Formalismo giuridico e sapere del civilista*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 358. L'*interpretatio sub finem* consente di individuare nella forma un mezzo per raggiungere un determinato scopo. Sulla contrapposizione tra metodo strutturale e teleologico, IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 85 ss. Di recente, autorevole dottrina ha evidenziato l'evoluzione in senso assiologico dell'ordinamento giuridico italiano. Sul punto cfr. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 159.

Stigmatizzata la sterile contrapposizione tra due aspetti erroneamente considerati irrelati, si assiste alla funzionalizzazione della forma rispetto alla sostanza³⁰: forma e contenuto si compenetrano nell'unità inscindibile dell'atto³¹.

Nel solco di questo secondo orientamento, la ricerca deve muovere da un'attenta sensibilità verso gli scopi perseguiti dalle parti poichè la funzione del requisito di forma si delinea in base agli interessi socialmente apprezzabili in ragione dei quali i contraenti hanno previsto un vincolo formale³².

E' innegabile, tuttavia, che le finalità per le quali i privati ricorrono ad una clausola di forma non possono essere tipizzate *ex ante*, essendo estremamente variabili ed eterogenee.

La loro puntuale individuazione, dunque, impone una delicata e laboriosa attività ermeneutica, fortemente ancorata al caso concreto.

Pertanto, la valorizzazione del problema funzionale della forma in ambito contrattuale fa sì che la tematica in esame, da affrontare necessariamente in una prospettiva

³⁰ Il legame tra forma e contenuto e il valore costitutivo, non meramente espressivo della forma, sono stati evidenziati con estrema lungimiranza anche da una minoranza della *Jurisprudence* statunitense, a testimonianza di come ordinamenti giuridici differenti si siano cimentati nello studio di problematiche affini che diventano una sorte di "ponte" tra mondi culturali profondamenti diversi. In particolar modo va riconosciuto a Summers il merito di aver elaborato una teoria generale delle forme e di aver evidenziato, in sintonia con il suo approccio *form-oriented*, che lo studio della forma abbraccia il contenuto, pur non dissolvendolo al suo interno. L'esigenza di equilibrio tra formalità e sostanzialità emerge in relazione a qualsiasi "unità giuridica funzionale". Tuttavia, con specifico riferimento all'ambito contrattuale, Summers ritiene che il rapporto tra forma e contenuto del contratto debba essere descritto nei termini di un'armoniosa complementarietà ed auspica un approccio olistico alla forma negoziale, capace di far emergere l'attitudine finalistica della forma, cioè la sua capacità di perseguire determinati scopi voluti dalle parti o dal legislatore. Per un approfondimento sul punto cfr. SUMMERS, *On giving legal forms its due. A study in legal theory*, in *Ratio iuris*, 2005, p. 129; ID, *The place of form in the fundamental of law*, in *Ratio Juris*, 2001, p. 106; BIX, *Form and formalism: the view from legal theory*, in *Ratio iuris*, 2007, p. 45. Questa ricostruzione è stata oggetto di aspre critiche ad opera del movimento antiformalista dei neo-realisti statunitensi. Attribuendo ai requisiti di forma una connotazione negativa, quasi si trattasse di regole rigide che "ingabbiano" la volontà privata entro schemi precostituiti, si è ritenuto che l'elaborazione di una teoria della forma non fosse necessaria. Per un approfondimento sul punto cfr. POSNER, *The problems of Jurisprudence*, Cambridge, 1990; KENNEDY, *Legal formality*, in *J. L. S.*, 1976, p. 351; ID, *Form and substance Law Adjudication*, in *Harv. L. Rev.*, 1978, p. 1685; SOPER, *On the Relation between Form and Substance in Law*, in *Ratio Juris*, 2007, p. 56.

³¹ «Non è la forma come veste esteriore, la quale si aggiunga ad un contenuto, e si faccia veicolo e portatrice di una sostanza, di qualcosa che valga in sé e per sé. La forma non è più al servizio del contenuto. Questo scompare, per così dire, dietro e dentro la forma, che campeggia nuda e solitaria»: così IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, p. 6. L'Autore critica la contrapposizione tra forma e contenuto di stampo giusnaturalistico. In particolare, egli ritiene che non possano essere condivisi i due corollari principali di questa impostazione. Innanzitutto, l'appartenenza del contenuto alla sfera delle regole naturali; in secondo luogo la riconducibilità della forma nell'ambito delle regole arbitrarie come elemento aggiuntivo non indispensabile. Una simile ricostruzione, infatti, conduce ad affermare il primato della volontà. Al contrario Irti considera la forma e la sostanza due elementi ugualmente necessari ai fini della produzione degli effetti giuridici e, conseguentemente, esclude che a uno dei due possa essere riconosciuta alcuna priorità logica.

³² Sulla centralità degli interessi sostanziali delle parti che trovano tutela nell'accentuazione volontaria dei profili comunicativi, LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 11 ss.

assiologica, si intersechi con l'annosa questione della meritevolezza degli interessi perseguiti dai privati.

Nelle considerazioni introduttive è emerso come l'approccio causale alle clausole unilateralmente predisposte consente di oltrepassare i ristretti confini della disposizione codicistica sul formalismo convenzionale determinando un ampliamento dell'ambito della ricerca.

L'indagine, pur muovendo in una fase iniziale dal fenomeno formalistico di origine volontaria, dovrà necessariamente volgersi allo studio di quei termini contrattuali che, al pari delle clausole di forma, soddisfano le esigenze di un solo contraente attraverso l'irrigidimento dei vincoli formali.

Le *merger clauses*, e lo si dimostrerà ampiamente nel prosieguo della trattazione, costituiscono un esempio emblematico di questa tendenza sempre più diffusa nella moderna prassi negoziale.

Al fine di dischiudere l'analisi dei requisiti di forma alla dimensione teleologica – per poi affrontare lo studio di prescrizioni non propriamente riconducibili nel novero degli accordi sulla forma – non pare ultronea una breve riflessione sul formalismo³³, un fenomeno al centro di un acceso dibattito filosofico e giuridico da oltre due secoli.

Tra le molteplici accezioni del vocabolo³⁴, rileva ai nostri fini il formalismo quale tecnica giuridica che consiste nel fissare le modalità o i limiti formali al compimento di atti ed effetti giuridici.

Tradizionalmente si attribuisce una connotazione negativa al formalismo che, nel suo alternarsi ciclicamente all'antiformalismo, esprimerebbe la tendenza a ridurre il diritto alla sua componente formale³⁵.

³³ Tra le pagine più suggestive sul punto, LISERRE, *Il formalismo volontario*, in *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, XIII, in *Il contratto in generale*, III, a cura di ALPA, BRECCIA e LISERRE, Torino, 1999, p. 467; CAMMARATA, *Formalismo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 1012 ss. Secondo l'Autore è «condannato all'insuccesso ogni tentativo di stabilire quale sia il significato "proprio" (cioè rigorosamente univoco), tra i molti in cui è stata usata l'espressione in esame» (*op. cit.*, 1013); TARELLO, *Formalismo*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 573; BOBBIO, *Sul formalismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 977.

³⁴ Si rimanda a tal proposito a JORI, *Formalismo, giuridico*, in *Dig. civ.*, Torino, 1992, p. 425 ss. L'Autore distingue all'interno del genere formalismo le nozioni di formalismo etico, interpretativo, scientifico, della tecnica giuridica e pratico.

³⁵ In realtà, la contrapposizione tra formalismo e antiformalismo è, per molti aspetti, faziosa. Le due posizioni, pur se inconciliabili da molti punti di vista, manifestano una significativa affinità nella misura in cui rifiutano di ridurre la forma a mero involucro dei contenuti. E' innegabile, poi che i formalisti escludono il ruolo ancillare della forma rispetto alla sostanza mentre gli antiformalisti rivendicano il primato dei contenuti. Tuttavia i due approcci, anche se attraverso modalità differenti, mirano entrambi ad individuare un punto di contatto tra la componente formale e sostanziale degli atti. Per una chiara descrizione del rapporto tra i due approcci si rimanda a WHITE, *Social thought in America. The revolt against formalism*, London, 1976, p. 10 ss.

Attraverso questo processo di costante svalutazione, il formalismo è divenuto sinonimo di fissità formale e di indifferenza della forma rispetto alla sostanza.

In realtà, la caratterizzazione in termini dispregiativi del formalismo, più che basarsi sull'esistenza di un effettivo rapporto antinomico tra forma e sostanza, si nutre dell'incomprensione moderna delle teorie formalistiche elaborate nell'epoca romana³⁶.

Rinviando al successivo paragrafo l'approfondimento delle origini storiche del formalismo convenzionale e dell'esperienza giuridica romana, in questa sede è doveroso evidenziare come, in una prospettiva diacronica, la forma nel diritto romano non rappresenta qualcosa di fisso e costantemente separato dalla sostanza degli atti.

Il passaggio dal diritto della Roma arcaica al diritto di Giustiniano non può essere ridotto «alla semplicistica formula di una corrente lineare in un dato senso»³⁷; al contrario, esso si concretizza in movimenti altalenanti, esperienze cicliche, flussi e riflussi che attestano la delicatezza della questione “forma”.

Evidenziando la complessità delle forme romane, che non si limitano a richiamare il diritto ma ne costituiscono atto di esercizio, ci si affranca dall'interpretazione storicamente inadeguata delle forme come contenitori vuoti, asettici e sprovvisti di una capacità organizzativa della sostanza.

Si colloca in questo graduale processo di riassetto del fenomeno formalistico la recente tendenza che ha condotto all'ampliamento del suo ruolo.

Disvelata la vera identità del formalismo e, dunque, distinta l'accezione peggiorativa del fenomeno in esame dal suo effettivo significato, si è assistito al moltiplicarsi dei vincoli formali in ambito contrattuale³⁸.

³⁶ Nel solco dell'impostazione che sottovaluta l'attitudine dei requisiti di forma ad enucleare i contenuti si colloca la contrapposizione tra formalismo interno ed esterno, in base alla quale – nell'ambito del formalismo esterno – la forma rappresenta un mero involucro del contenuto. Per un approfondimento sul punto cfr. A. ORESTANO, *Formalismo giuridico*, in *Enc. it.*, III, Appendice, 1961, p. 658. Autorevole dottrina evidenzia come, alla base della lettura distorta del formalismo romano arcaico, vi sia la concezione evoluzionistica della storia del diritto romano, che contribuisce a dare un'immagine negativa della forma. La concezione in esame distingue tre diverse stagioni del formalismo romano. Nella prima fase i requisiti formali sono malleabili e plastici; nella seconda, al contrario, manifestano un elevato grado di rigidità per poi essere considerati un inutile orpello nell'ultimo periodo, che segna la fine delle forme antiche. Per un approfondimento sul punto cfr. TARELLO, *Formalismo*, cit., p. 574.

³⁷ Così GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Milano, 1948, p. 113. Sul punto si veda anche BIONDI, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, Napoli, 1953, p. 82.

³⁸ «La forma assume un ruolo rappresentativo del contenuto contrattuale, divenendo, essa stessa, strumento e veicolo di informazione e, dunque, è chiamata ad una funzione nuova rispetto al passato»: così GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 2623; MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 592. Sull'utilizzo della forma “informativa” per rispondere ad esigenze di ordine economico, *ex multis*, GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 576; MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, in *Rev. trim. dr. comp.*, 1998, p. 95; LEPAGE, *Les paradoxes du*

In realtà, l'espressione "neoformalismo" non indica solo l'aumento in termini quantitativi di tali vincoli: a fronte di numerose iniziative comunitarie, la rilevanza dei requisiti di forma si è estesa ad atti e comportamenti preparatori dell'accordo.

Si profila, dunque, un nuovo uso del formalismo, piegato a funzioni di controllo dell'autonomia negoziale e strettamente connesso alla diffusione dei contratti asimmetrici e all'esigenza di accordare protezione al contraente debole³⁹.

Il modo di intendere il fenomeno formalistico si riflette inevitabilmente sull'atteggiamento di apertura o chiusura nei confronti degli accordi sulla forma.

Un'indagine civilistica sulle clausole di forma, pertanto, non può prescindere dall'esame dei più significativi profili di continuità e di differenziazione tra formalismo legale e convenzionale, in considerazione degli eterogenei risvolti applicativi connessi al trattamento giuridico del requisito formale nella sua duplice veste. La sintetica analisi del rapporto tra i due formalismi costituisce una questione pregiudiziale rispetto ad ogni possibile sviluppo di una ricerca che voglia individuare lo statuto dogmatico del formalismo volontario.

L'indagine sulla natura delle forme volontarie rispetto a quelle *ex lege* non si risolve in una mera speculazione teorica, bensì mira a confutare l'assunto secondo il quale le forme *ex voluntate* assolvono la medesima funzione di quelle legali, costituendo anch'esse una deroga al principio generale della libertà formale

Tradizionalmente, infatti, il formalismo volontario viene descritto come una variante del formalismo legale: come il legislatore può elevare la forma a requisito di struttura dell'atto in attuazione dell'art. 1325 n. 4 c.c., così i privati possono decidere di vincolarsi all'utilizzo di una determinata forma: il requisito formale di natura convenzionale troverebbe il suo fondamento nella competenza dei privati a regolare da sé i propri interessi.⁴⁰

formalisme informatif, in *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 616; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, pp. 117 e 139.

³⁹ In realtà le nuove forme non si limitano ad accordare protezione al consumatore. Esse assolvono un'altra importante funzione, poiché fungono da garanzia del corretto funzionamento del mercato. La nuova configurazione sistematica della forma, dunque, è la risultante dell'incontro di due esigenze tra loro antitetiche. Tale contrasto trova nell'utilizzo della forma ai fini dell'eliminazione di squilibri la ragione del suo superamento. Evidenziano la rinascita del formalismo ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 63; TONDO, *Formalismo negoziale tra vecchie e nuove tecniche*, in *Riv. not.*, 1999, p. 923; SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 495; SALVESTRONI, *Spunti sul vecchio e nuovo formalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 422.

⁴⁰ Forme legali e convenzionali possono essere collocate sullo stesso piano. Le parti infatti, in attuazione dell'art. 1352 c. c., esercitano un potere a loro delegato dal legislatore. Sul punto IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, cit., p. 23; IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 549.

Nel prosieguo della trattazione si avrà modo di comprendere la *ratio* di un simile accostamento, che si rinviene nell'incidenza dell'esperienza giuridica romana sul diritto moderno e nei condizionamenti che la tradizione ha esercitato sulla dottrina che si è occupata del formalismo convenzionale.

Indubbiamente esistono alcune affinità tra forme legali e volontarie: in entrambi i casi la forma si fa garante della certezza dell'atto⁴¹ a fronte del suo valore documentativo e della sua capacità rappresentativa⁴². Essa, dunque, opera su un piano preventivo limitando l'insorgere di situazioni incerte connesse all'identificazione del diritto di cui le parti hanno voluto disporre.

In secondo luogo, il requisito formale, sia esso eteroimposto o frutto di una libera valutazione delle parti, assicura la «responsabilizzazione del consenso»⁴³ poiché ne promuove la pienezza e l'effettività grazie alla presenza di clausole ponderate⁴⁴.

Certezza dei rapporti, sicurezza dei traffici giuridici, univocità e serietà delle dichiarazioni negoziali sono esempi, non esaustivi, delle finalità perseguite dal legislatore attraverso la previsione di un vincolo di forma. Si tratta, altresì, dei medesimi vantaggi che i contraenti intendono assicurarsi mediante l'incidenza sul piano formale.

Tuttavia, gli interessi al cui servizio le parti pongono un vincolo di forma non possono essere tipizzati come accade nel mondo del formalismo legale, attraverso la *summa divisio* tra *forma ad substantiam* e *forma ad probationem*⁴⁵.

Le analogie tra formalismo legale e volontario, dunque, si collocano su un piano meramente descrittivo.

L'attenta considerazione delle funzioni del requisito di forma induce a dubitare della discutibile assimilazione tra i vincoli di forma pattizia e quelli eteroimposti⁴⁶ ed evidenzia i limiti di una rappresentazione dicotomica del fenomeno formalistico.

⁴¹ CRISCUOLI, *Il contratto*, Padova, 2002, p. 255 ss.

⁴² Autorevole dottrina, evidenziando l'enorme capacità rappresentativa della forma scritta, sostiene che «lo scrivere genera una cosa rappresentativa del suo accadere»: così IRTI, *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo giuridico*, cit., p. 67. La forma, quale modo visibile dell'atto, viene innalzata ad elemento di oggettivizzazione della coscienza individuale. Per un approfondimento sul punto cfr. BETTI, *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, cit., p. 221; QUADRI, *Scritti Perassi*, II, Milano, 1957, p. 233.

⁴³ Così BIANCA, *Diritto civile*, III, in *Il contratto*, Milano, 2000, p. 278.

⁴⁴ Sulla forma quale presidio a tutela della serietà e della ponderatezza delle dichiarazioni negoziali, LISERRE, *Forma degli atti*, cit., p. 55; FALZEA, *Accertamento* (Teoria generale), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 208.

⁴⁵ Pare opportuno ricordare che, anche in rapporto alle forme legali, la dottrina maggioritaria disconosce il rigore scientifico del binomio forma probatoria-forma costitutiva. Sul punto, IRTI, *Il contratto tra faciendum e factum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 938; GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 994.

⁴⁶ Sulle differenti funzioni del formalismo legale e volontario cfr. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma*, Padova, 2006, p. 31 ss. Il formalismo convenzionale è finalizzato al perseguimento di interessi particolari dei soggetti coinvolti nella vicenda contrattuale. La forma volontaria, dunque, «non attua, come quella

Alla natura inderogabile ed eteronoma delle forme legali, fissate dal legislatore *ex ante* per una serie di fattispecie generali ed astratte, si contrappone il carattere revocabile delle forme volontarie, espressione della libertà riconosciuta ai privati di incidere sui rapporti individuali.

Diverso, dunque, l'ambito di estensione delle forme legali e convenzionali: le prime al servizio dell'interesse alla determinazione del requisito minimo di forma, le seconde capaci di attuare la disciplina di interessi perseguiti dalle parti, enucleando modalità espressive a cui attribuire il ruolo di mezzo di esternazione definitiva della volontà privata⁴⁷.

L'impossibilità di paragonare le forme volontarie a quelle legali si manifesta ancor più chiaramente nell'assoluta estraneità del formalismo volontario dall'ambito di incidenza dell'invalidità negoziale, quale sanzione all'inosservanza delle forme imposte *ex lege*⁴⁸.

Alla piena disponibilità degli interessi coinvolti da un accordo sulla forma si contrappone la natura inderogabile ed intangibile degli interessi ai quali gli artt. 1418 ss. c.c. accordano protezione.

Il richiamo alle norme in tema di nullità sottrae alla libera disponibilità delle parti l'interesse protetto da questa sanzione.

Ma, come le parti sono libere di non vincolarsi al rispetto di alcun requisito di forma in presenza di un negozio giuridico a forma libera, così esse non perdono il potere conferito loro dall'ordinamento in seguito all'elezione della forma convenzionale.

In altre parole, manca un interesse sovraindividuale in forza del quale limitare posteriormente l'autonomia contrattuale⁴⁹.

legale, la funzione di imprimere il crisma della giuridicità al fatto della vita né quella di proteggere, attraverso le singole forme determinate, interessi generali o superiori; ma svolge una funzione più modesta di servire alla tutela degli interessi di coloro che l'hanno prestabilita»: così GENOVESE, *Anteo*, *op. cit.*, p. 192. Sul punto anche JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, diretto da LIPARI, III, Padova, 2003, p. 49. «Il formalismo mira ad assicurare un più corretto e soddisfacente scambio di precise informazioni tra i diretti protagonisti della contrattazione».

⁴⁷ «Alla fissità delle fattispecie sottoposte dal legislatore al requisito formale si contrappone la variabilità e imprevedibilità delle ipotesi di formalizzazione di negozi a forma libera»: così FAVALE, *Le clausole di forma scritta nelle condizioni generali di contratto: forma di protezione o di pregiudizio*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, diretto da ADDIS, Milano, 2008, p. 260.

⁴⁸ Se le differenze tra forme volontarie e forme legali si collocassero su un piano meramente descrittivo, l'assimilazione tra le due tipologie formali risulterebbe fondata. Al contrario, le conseguenze del mancato rispetto del requisito formale variano nelle due ipotesi, a fronte della totale incomunicabilità tra forme convenzionali ed invalidità. Per onesta intellettuale, è opportuno ricordare che esistono sul punto voci dottrinali discordanti, inclini a riconoscere l'operatività del rimedio dell'invalidità (sotto forma di nullità e di annullabilità) anche nell'universo delle forme volontarie. La possibilità di applicare la disciplina della nullità alle ipotesi di formalismo convenzionale è stata ammessa da NUZZO, *Sulla rilevanza d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, p. 239 e da GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 994 ss. In relazione al rimedio dell'annullabilità, cfr. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, p. 208.

Qualsiasi tentativo di accostare le due tipologie formali, dunque, è destinato a fallire e pecca di semplicismo nella misura in cui non considera la diversa natura giuridica delle forme autoimposte, nel loro essere manifestazione dell'autonomia negoziale privata⁵⁰. Quest'ultima è radicalmente inadatta a fissare i «requisiti di esistenza, affinché un contratto venga assunto nel mondo giuridico»⁵¹ ed è altresì inadatta a stabilire le conseguenze dell'inosservanza di un vincolo di forma.

Ne deriva l'assoluta irriducibilità delle forme volontarie a quelle legali: la differente prospettiva assiologica nella quale si colloca il formalismo convenzionale pare, a sommosso parere di chi scrive, un argomento sufficientemente probante al fine di confutare il carattere eccezionale delle forme extralegali rispetto al principio della libertà formale.

Del resto, anche l'evoluzione storica del formalismo legale, culminata nel ripensamento della tradizionale antitesi tra forma libera e forma solenne⁵², conferma ulteriormente l'impossibilità di ricondurre il formalismo convenzionale nell'ambito applicativo di quello legale.

Il primato della libertà formale in epoca moderna⁵³ ha comportato un significativo ridimensionamento del formalismo che si è tradotto nella progressiva attenuazione dei vincoli di forma⁵⁴ e nella tendenza ad interpretare restrittivamente le norme sulle forme⁵⁵ delle quali si afferma la natura eccezionale⁵⁶.

⁴⁹ Sul punto VERDICCHIO, *op. cit.*, p. 100 ss.

⁵⁰ «Nell'accordo sulla forma non può essere rinvenuto un limite all'autonomia negoziale, costituendo anzi il negozio *de quo* proprio un'espressione di questa»: così FAVALE, *Forme extralegale e autonomia negoziale*, cit., p. 39. L'Autore, dunque, ammette che le forme volontarie trovino proprio nella sovranità delle parti la loro fonte di legittimazione. Sul punto cfr. anche LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 554; FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadr.*, 1987, p. 313.

⁵¹ GENOVESE, Anteo, *op. cit.*, p. 9.

⁵² Parte della dottrina utilizza gli aggettivi “solenne” e “vincolata” come se si trattasse di due sinonimi, entrambi riferiti ai casi nei quali il legislatore impone l'adozione della forma scritta a pena di nullità. E' stata rilevata, tuttavia, l'inesattezza di un simile accostamento terminologico poiché le forme vincolate costituiscono il *genus* all'interno del quale ascrivere la *species* delle forme solenni. Sul punto cfr. AMAGLIANI, *op. cit.*, 1994, p. 130. Sulla necessità di superare il binomio forme libere-forme vincolate, ANDRINI, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 134 ss.

⁵³ Sul punto, GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 994; OSTI, *Contratto*, in *Scritti giur.*, II, Milano, 1973, p. 808. Secondo l'Autore, la forma scritta «costituisce un intralcio alla conclusione del contratto e un freno che rallenta la rapidità delle contrattazioni».

⁵⁴ Secondo i pensatori giusnaturalisti la contrapposizione tra patto e contratto tipica del diritto romano non avrebbe alcuna *ratio* giustificativa: ogni convenzione conforme alla legge e al buon costume è fonte di un'obbligazione e produce una specifica azione a meno che la forma sia espressamente richiesta dal legislatore. Sul punto BOBBIO, *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino, 1947, p. 32.

⁵⁵ Sulla stretta interpretazione delle norme sulla forma, preclusiva di ogni analogia e di qualsiasi sviluppo logico intorno alla tematica formalistica, cfr. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, VI, 1988, p. 420 ss. Il ripudio del formalismo giuridico in età moderna, del resto,

L'ideologia liberale ha indubbiamente influenzato la disciplina normativa dei codici civili ottocenteschi nei quali le poche limitazioni alla libertà contrattuale sono poste a presidio degli interessi dell'intera collettività⁵⁷.

Tuttavia, la contrapposizione tra il rigore formale di stampo romanistico e la tendenza antiformalistica di matrice giusnaturalistica⁵⁸ merita di essere revocata in dubbio poiché non consente di comprendere l'essenza del processo evolutivo di cui il formalismo è stato protagonista.

Nell'esaltare l'autonomia privata e la signoria del volere, il giusnaturalismo non ha voluto negare radicalmente l'importanza delle forme solenni in relazione alla sicura circolazione dei beni e alla certezza dei traffici giuridici.

Affermare, dunque, che sia mutata la natura della forma da regola ad eccezione⁵⁹ è estremamente riduttivo: ogni rigida scissione deve essere stigmatizzata in quanto sottovaluta la complessità di un percorso tutt'altro che lineare, in cui si spazia dall'obliterazione all'esaltazione dei requisiti di forma⁶⁰.

La critica al dogma giusnaturalistico della libertà formale⁶¹, emersa a partire dalla metà del secolo scorso, conferma la necessità di una rimodulazione del binomio libertà delle

non trae origine solo dalla diffusione della filosofia giusnaturalistica, ma è motivato anche da considerazioni di ordine pratico volte a garantire una maggiore speditezza dei traffici commerciali. Sul punto GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2004, p. 271.

⁵⁶ Affermano la natura eccezionale delle norme che prescrivono requisiti legali di forma, *ex multis*, BARASSI, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano, 1906, p. 212; LA TORRE, *La forma nei negozi risolutivi*, in *Giust. civ.*, 1962, p. 154.

⁵⁷ Si pensi alle norme che sancivano la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

⁵⁸ «Formalismo suscita l'immagine di calchi rigidi e vuoti, pronti a riempirsi di qualsiasi contenuto; di modelli schemi tipi, che s'industriano di avvolgere e imbrigliare la realtà della vita. [...] Le forme sembrano comprimere l'originaria libertà, e sovrapporre schemi e moduli artificiali all'agire dei singoli»: così IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., pp. 2-3. L'Autore dissente da questa visione connotata da un fastidio sprezzante nei confronti del requisito formale. Il problema del formalismo si risolve in una questione di conformità degli atti rispetto al diritto. Questa prospettiva consente di superare l'antitesi tra formalismo e attività giuridica e di cogliere il legame sostanziale che astringe l'uno all'altra. La forma riguarda l'atto, il risultato dell'attività giuridica, nella sua interezza. In dispregio delle prescrizioni di forma, l'atto non può dirsi propriamente giuridico.

⁵⁹ GRASSO, *La forma tra «regola» ed «eccezione» (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 49; GUASTINI, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 539.

⁶⁰ Categorie concettuali e principi giuridici non sono anelastici poiché mutano al variare del contesto sociale, giuridico e culturale di riferimento. Pertanto, pecca di anacronismo qualsiasi interpretazione dottrinale che, sottovalutando la malleabilità di tali principi, non modifichi le chiavi di lettura della realtà allo scopo di continuare ad avvalersi di categorie ritenute più congeniali. Sul punto cfr. LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 18. L'Autore sottolinea l'importanza di «non cadere nella perversa spirale di sottrarre quelle categorie alla loro necessaria storicità e alla loro inevitabile provvisorietà». Evidenzia la bontà di un approccio storiografico, al fine di comprendere i motivi del tenore letterale e dell'ubicazione topografica dell'art. 1352 c.c., anche VERDICCHIO, *op. cit.*, p. 28.

⁶¹ Sul punto, BELVEDERE, *Forma*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da IUDICA e ZATTI, Milano, 1994, p. 158; SBISA', *Interessi privati, mediazione e formalismo (a proposito di due opere di L. Cohen-Tanugi e*

forme – forme vincolate, il cui esame impone un ripensamento critico scevro di preconcetti⁶².

«Il rapporto regola – eccezione è un rapporto tra due norme.[...]. Si tratta dunque di individuare, in materia di forma, la norma regolare e la norma eccezionale»⁶³.

Nel nostro ordinamento manca una norma regolare che sancisca la libertà delle forme negli atti di diritto privato: non esistono due norme sulla forma, ma una sola.

L'assenza di un termine di raffronto rende del tutto improprio l'utilizzo degli aggettivi "regolare" ed "eccezionale" e priva la prospettiva duale di una sua coerenza interna.

L'antitesi tra libertà delle forme e forme vincolate – di per sé da relativizzare a fronte dei molteplici scopi al cui servizio sono poste le forme legislativamente imposte⁶⁴ – appare ancor più inadatta ad individuare lo spessore teleologico del requisito di forma di origine pattizia.

Ritenere che le forme volontarie siano una mera variante di quelle legali – pur se sprovvista del carattere dell'eteronomia giuridica – conduce ad un risultato inaccettabile: privare le forme autoimposte di una loro specifica identità e considerarle, ingiustamente, un limite all'esercizio dell'autonomia negoziale.

N. Irti), in *Contr. impr.*, 1990, p. 421; BUSNELLI, *Il "diritto senza Stato" e gli "idola della libertà"*, in *La forma degli atti nel diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 33; IRTI, *Il contratto tra faciendum e factum*, cit., p. 938.

⁶² Si ritiene opportuna una precisazione. La crisi del dogma della libertà delle forme ha interessato i Paesi in cui il principio era stato previamente oggetto di una vera e propria propaganda culturale. Si pensi, per citare un esempio, all'ordinamento francese e al trionfo della volontà privata nel *Code Napoleon* del 1804. Al contrario, in altri contesti, emblematica l'esperienza tedesca, la libertà delle forme ha assunto semplicemente il valore di regola in forza della quale non esiste alcun requisito formale in assenza di una norma che lo imponga. In questi casi, dunque, non si è assistito ad una vera e propria crisi del principio.

⁶³ Così IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 54. Secondo l'Autore la mancanza di una norma non costituisce valida argomentazione per affermare l'esistenza di un principio di libertà delle forme. L'eccezionalità delle norme sulla forma, dunque, non può essere evinta da una norma assente. Tuttavia, autorevole dottrina ritiene che l'interpretazione di una norma non possa prescindere dal contesto normativo in cui essa è inserita. Sul punto, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001, p. 37. Sviluppando ulteriormente quest'obiezione, la ricostruzione incentrata sulla mancanza di una norma regolare in tema di libertà di forme è stata avversata poiché si è sostenuto che la verifica di eccezionalità di una norma non possa compiersi solo mediante il raffronto tra questa norma e un'altra, ma vada apprezzata in relazione all'intero sistema giuridico. Sul punto MESSINA, *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, p. 86.

⁶⁴ Sulla pluralità di funzioni del requisito formale cfr. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 999. Del resto, che le ragioni del formalismo siano sempre concrete è chiaramente evidenziato anche da Verdicchio secondo il quale «le *rationes* non possono che variare col variare dei diversi assetti di interessi che il legislatore, nelle varie ipotesi, ha preso in considerazione, sicché il fondamento delle forme solenni non è mai storicamente cristallizzato, ma mutevole ed adattatesi alle più disparate esigenze»: così VERDICCHIO, *op. cit.*, p. 87.

A differenza delle forme eteroimposte, le forme *ex voluntate* sono interamente rimesse alla libera determinazione dei contraenti e non costituiscono un fenomeno estraneo all'autonomia privata⁶⁵.

Il potere di eleggere il *vestmentum* ritenuto più consono dalle parti è una chiara estrinsecazione della libertà riconosciuta loro dall'ordinamento giuridico. Anzi, proprio il principio di autonomia privata legittima le forme riservate negozialmente.

L'individuazione di un parallelismo tra le due tipologie formali, pertanto, non può andare oltre i profili meramente descrittivi.

L'esposizione fin qui svolta permette di fissare una prima conclusione, utile per tracciare il successivo sviluppo della trattazione.

Formalismo legale e volontario manifestano tratti comuni ma, pur in presenza di alcune affinità, mostrano una differente natura giuridica che rende impraticabile qualsiasi tentativo di assimilazione.

Una visione complessiva dell'oggetto di indagine, dunque, implica necessariamente la revisione critica delle tesi tradizionali che erroneamente hanno fatto gravitare le pattuizioni sulla forma nell'area di incidenza delle forme legali.

Conoscere le origini storiche del dibattito sulla forma favorirà una miglior comprensione del substrato sul quale oggi si innesta la modernità⁶⁶.

Senza voler indulgere in inconsistenti trasposizioni nella realtà odierna di concetti giuridici del passato, pare utile ripercorrere brevemente l'evoluzione storica delle forme volontarie.

Una disamina così orientata evidenzierà le lacune disciplinari dell'art. 1352 c.c., una disposizione che pare il frutto di una lettura della tematica formalistica fortemente influenzata da condizionamenti e istanze ideologiche del passato.

3. Origini storiche e lacune disciplinari dell'art. 1352 c.c.

Una più ampia contestualizzazione dell'oggetto di indagine non può prescindere dall'esame delle sue radici storiche.

⁶⁵ Pervengono ad una simile conclusione anche GOMEZ SALVAGO SANCHEZ, *La forma volontaria del contracto*, Valencia, 1999, p. 46; ZAKI, *Le formalisme conventionnel. Illustration de la notino de contract-cadre*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 1043.

⁶⁶ Sull'utilità dell'approccio storiografico, RESCIGNO, *Sullo studio storico del diritto privato (rileggendo l'Introduzione di Riccardo Orestano)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 11; IRTI, *L'insegnamento della storia del diritto nella facoltà di giurisprudenza*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, p. 634; BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in *Studi storici*, 1974, XV, p. 3.

Lo studio delle interconnessioni storico – dogmatiche esistenti tra gli istituti del diritto romano, medievale e moderno consentirà di individuare tratti comuni alle differenti esperienze giuridiche.

Si avrà modo di osservare che alcune questioni problematiche rappresentano una costante del dibattito sulla forma convenzionale indipendentemente dall'epoca storica nella quale si voglia calare la tematica formalistica.

L'approccio storiografico deve muovere necessariamente dal riconoscimento della centralità della forma nell'ordinamento giuridico romano⁶⁷, fondato sulla contrapposizione tra patti nudi e patti vestiti⁶⁸.

Il diritto romano, imponendo l'utilizzo di forme vincolate ai fini della validità dell'atto, costringe l'autonomia privata a conformarsi a modelli rigorosamente prestabiliti⁶⁹.

⁶⁷ Sul punto MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1973, p. 151; CORBINO, *Diritto e storia: l'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Antologia a cura di CORBINO e Milazzo, Padova, 1995; ID., *Negoziato e forma in età decemvirale. Una lezione*, in *Opuscola*, a cura di Adamo, Napoli, 1995, p. 8; GUGLIERI SIERRA, *La forma en los negocios juridicos su valor, en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VI, Madrid, 1990, p. 256. Per una panoramica generale sul ruolo della forma nell'esperienza giuridica romana, cfr. GROSSO, *La concretezza della giurisprudenza romana*, Index, 1979, p. 14; RICCOBONO, *Lineamenti di storia delle fonti del diritto romano*, Milano, 1949; GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle forme giuridiche romane*, Roma, 1955.

⁶⁸ L'importanza della tematica formalistica nel diritto romano ben si coglie nell'espressione "mistica della forma", che sottolinea la netta prevalenza accordata ai requisiti di forma nella società romana. Sul punto SCHULTZ, *Principi*, Firenze, 1946, p. 68. In realtà, la centralità della forma in ambito negoziale è un fenomeno che caratterizza particolarmente l'epoca arcaica, periodo in cui la forma ha valore costitutivo. Sul punto cfr. BRETONNE, *Storia del diritto romano*, Bari, 2001, p. 119. In quest'epoca il formalismo non soddisfa solo esigenze di certezza giuridica e di pubblicità. Sul punto cfr. rispettivamente GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 24 e BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1998, p. 191. Esso, infatti, «constituye la primera victoria de la sociedad sobre el particular, de la nación sobre el grupo familiar: en ese formalismo la independencia arcaica del pater encuentra un límite inderogable»: così DE MARTINO, *Individualismo y derecho romano privado*, trad. a cura di HINESTROSA, Bogotá, 1991, pp. 13-14, citato da KOTEICH, NEME e CORTÉS, *Formalismo negozial romano y neoformalismo*, in *Rev. der. priv.*, 2005, p. 140, nota 56.

A partire dall'ultimo secolo a. C., si assiste a una profonda trasformazione della società romana che, dall'essere prevalentemente agricola, si arricchisce di nuovi commerci che impongono una maggiore flessibilità degli strumenti negoziali. Nel nuovo contesto socio-economico, l'oralità e il rigore formale del mondo romano antico non soddisfano le esigenze di una regolamentazione celere e dinamica dei traffici giuridici. Il passaggio da una società primitiva ad una più evoluta, pertanto, coincide con il graduale depotenziamento dei requisiti di forma in ambito contrattuale. Per un approfondimento sul punto cfr. GROSSO, *Riflessioni su ius civile, ius gentium, ius honorarium nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, Milano, 1973, p. 440 ss. Questa idea, tuttavia, è stata ampiamente critica da ARCHI, *Dal formalismo negoziale repubblicano al principio giustiniano* "cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspecere", in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1980, p. 2.

⁶⁹ Il formalismo giuridico romano deve essere inteso «como el hecho por el cual, en un determinado ordenamiento, la producción de efectos jurídicos depende de la realización de ciertos actos preestablecidos y reconocibles por la manera en que se llevan a cabo»: così KOTEICH, NEME e CORTÉS, *ivi.*, pp. 129-130.

Questo fenomeno non si verifica solo nel campo dei diritti reali, come accade nella realtà odierna, ma anche nell'ambito delle obbligazioni: ogni operazione negoziale deve essere dotata di una specifica veste formale per ricevere il crisma della giuridicità⁷⁰.

A ciascun negozio si applicano forme rigidamente prefissate che ne influenzano il contenuto⁷¹: il carattere tipico dei negozi giuridici, pertanto, comprime il rilievo della volontà privata⁷² in nome della certezza e dell'uniformità dei rapporti giuridici⁷³.

Inoltre, essendo l'atto «compiuto con caratteristiche quasi sacrali atte ad indicare alle parti in modo drastico l'importanza del negozio giuridico»⁷⁴, la rigidità delle forme funge da disincentivo all'esercizio di azioni giudiziarie affrettate.

A partire dall'età postclassica si assiste ad una profonda trasformazione del sistema di comunicazione sociale con una conseguente revisione dei tradizionali rapporti tra forma ed effetti del negozio giuridico. Le antiche forme solenni, essenzialmente orali, assumono un ruolo marginale nell'esperienza giuridica romana, connotata dalla presenza di nuovi strumenti comunicativi.

⁷⁰ Senza negare che la *conventio* costituisca un elemento essenziale del contratto, «i giuristi classici attribuiscono rilevanza al contratto esclusivamente in quanto la *conventio* sia accompagnata da requisiti esteriori, che sottraggono ogni valore a quanto attiene alla confluenza degli intenti negoziali e in ogni caso impediscono di alludervi in termini generali ed astratti»: così SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 2000, p. 16

⁷¹ Il rigore formale del diritto romano non si identifica nell'utilizzo della scrittura. Nell'epoca del diritto romano primitivo, il compimento di qualsiasi operazione negoziale postulava la pronuncia di precise espressioni verbali accompagnate da gesti rituali. La scrittura, dunque, era un fatto del tutto eccezionale e prevaleva nettamente il formalismo gestuale quale insieme di modalità comportamentali attraverso le quali rendere riconoscibile la volontà individuale.

⁷² Secondo una dottrina minoritaria, il formalismo negoziale romano è un formalismo meramente esterno. La solennità del sistema negoziale romano garantisce la corretta esternazione della volontà individuale che, pur se espressa in forme rigorose, non è sprovvista di rilievo. Pertanto, è scorretto ritenere che la produzione di effetti giuridici abbia imposto la mera scrupolosa osservanza dei requisiti di forma. Pur non negando l'importanza della forma solenne, quale mezzo per rendere oggettivamente riconoscibile l'intento negoziale, quest'ultimo concorre a determinare e indirizzare gli effetti del negozio. «In gran parte dei negozi formalistici l'intento soggettivo è dunque scolpito nei *verba* pronunciati, determina e dimensiona gli effetti del negozio»: così CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana. Lezioni*, Torino, 2004, p. 15. L'Autore sostiene che «le forme verbali, insomma, lungi dall'eliminare la rilevanza della volontà del soggetto, servono piuttosto ad esaltarla, assicurandone l'efficacia». (*op. ult. cit.*, p. 57).

⁷³ In relazione alle finalità del requisito formale in epoca romana, la pronuncia di *certa et sollemnia verba* originariamente si ascriveva all'interno di una mistica sacrale e a credenze magiche più che a esigenze di speditezza dei traffici giuridici. Le antiche usanze, dunque, ebbero un peso determinante nel favorire l'irrigidimento delle forme negoziali. La sacralità del diritto, tuttavia, non vale ad escludere che le forme tipizzate siano state volute anche a garanzia della certezza del diritto. Sul passaggio dal formalismo cerimoniale ad una nozione di forma contrattuale maggiormente in sintonia con il contenuto dell'accordo, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1953, p. 101. Recentemente SCHIAVONE, *Per una storia del giusnaturalismo romano, in Testo e problemi del giusnaturalismo romano. Atti del terzo Collegio di Diritto Romano*, a cura di MANTOVANI, SCHIAVONE e MULTIMEDIA, Pavia, 2007, p. 5.

⁷⁴ HOFMEISTER, *Certeza del diritto e tutela del consumatore tramite forma nel diritto nazionale ed europeo*, in *Riv. not.*, 1995, p. 389.

Anche l'influsso esercitato dall'*aequitas* cristiana sulla produzione giuridica tardoantica⁷⁵ contribuisce a ridimensionare il rigido schematismo del sistema privatistico romano.

Iniziano a ritenersi plausibili manifestazioni di volontà sprovviste della veste formale⁷⁶; privilegiando l'aspetto contenutistico, l'efficacia del negozio giuridico viene fatta dipendere dall'intento dei contraenti, purché esternato in modo certo ed inequivoco.

Sono due, dunque, i fenomeni che interessano i requisiti di forma in età postclassica: innanzitutto la svalutazione delle forme orali e gestuali e il progressivo riconoscimento del ruolo prioritario della scrittura. In secondo luogo, la riduzione dell'ambito di operatività delle forme imposte a favore della volontà esteriorizzata, considerata capace di produrre effetti giuridicamente vincolanti.

Le problematiche evidenziate con riguardo all'esperienza romana risultano diffusamente presenti anche nell'epoca del diritto intermedio, in cui permane la distinzione tra negozi formali e negozi non formali⁷⁷.

I commentatori, fortemente influenzati dalle acquisizioni teoriche del passato, ritengono che la mancanza del requisito formale impedisca al consenso manifestato dalle parti di rilevare alla stregua di un'obbligazione civile⁷⁸.

Tuttavia, la scienza giuridica medievale elabora un concetto di forma non più connotato dalla promiscuità applicativa tipica della produzione romanistica, fondata sulla commistione di elementi giuridici e religiosi⁷⁹.

I glossatori, pur non pervenendo ad una vera teorica della forma, sono i primi ad occuparsi in modo sistematico dei requisiti di forma nei contratti solenni, ponendo le basi per la creazione della categoria dogmatica di "forma".

⁷⁵ Sul punto BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 214.

⁷⁶ «La dogmatica post-classica inclina ad ammettere una manifestazione di volontà tacita esonerata dall'esigenza della tipicità e rimessa alla istanza soggettiva della consapevolezza individuale (*animus*)»: così BETTI, *Forma e sostanza nell'interpretatio prudentium*, in *Diritto Metodo Ermeneutica Scritti scelti*, diretto da BETTI, Milano, 1991, p. 367.

⁷⁷ La contrapposizione tra *pactum nudum* e *pactum vestitum* non è stata interpretata dalla dottrina moderna in modo univoco. Alcuni autori, infatti, le hanno attribuito un rilievo meramente terminologico, ritenendo che anche con riferimento al patto nudo il consenso fosse rilevante solo se opportunamente dotato di una veste formale. Sul punto ASTUTI, *Contratto* (diritto intermedio), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 770.

⁷⁸ Anche l'epoca del diritto intermedio, dunque, è connotata dal principio *ex nudo pacto actio non nascitur*. Sul punto cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1997, p. 248. Sullo stretto legame esistente tra diritto romano e medievale, PENNINGTON, *Roman and Secular Law in the Middle Ages*, in *Medieval Latin: An Introduction and Bibliographical Guide*, Washington, 1996, p. 254. Secondo l'Autore «Ancient Roman law is the bedrock upon which medieval law is built. It influenced and shaped the legal compilations of the early Middle Ages, and with its resurrection in the late eleventh century, it furnished the core of academic law that was taught at the university».

⁷⁹ Sull'importanza della scienza giuridica medievale nel formulare una nozione di forma connotata da un maggior tecnicismo giuridico GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, I, p. 27.

Attraverso un'attenta riflessione sul significato e la portata degli elementi strutturali dei contratti formali, si giunge a sostenere l'azionabilità del *pactum nudum*⁸⁰, inizialmente solo con riferimento al diritto canonico, in seguito anche in ambito civilistico⁸¹.

Determinante, a tal proposito, l'ascendente esercitato dai filosofi scolastici⁸² sulla dottrina basso-medievale che attribuisce diretta efficacia giuridica al nudo patto dubitando della teoria dei *vestimenta pactorum*.

Bisogna attendere l'avvento del giusnaturalismo, tuttavia, per assistere ad una netta presa di distanze dall'esperienza romana e alla compiuta elaborazione di una teoria generale del contratto⁸³.

In armonia con il modello economico della società borghese e con i dettami dell'economia capitalista, si valorizza la libertà individuale⁸⁴ a scapito del formalismo negoziale che subisce un drastico ridimensionamento in attuazione del brocardo latino *solus consensus obligat*⁸⁵.

Il principio del nudo consenso, nato come conquista della scuola del diritto naturale, non rappresenta semplicemente il criterio tecnico-giuridico che orienta la formazione e

⁸⁰ Sul principio del nudo patto, MOCCIA, *Promessa e contratto (spunti storico-comparativi)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 824; GROZIO, *The jurisprudence of Holland*, trad. a cura di Lee, Oxford, 1926, III, p. 21.

⁸¹ Il rilievo morale e giuridico del patto nudo comporta un inevitabile ridimensionamento del formalismo negoziale. Questo fenomeno si verifica dapprima nella sfera del diritto canonico. L'etica cristiana, infatti, impone il rispetto delle proprie promesse e, conseguentemente, l'adempimento di quanto dichiarato. Accanto all'*aequitas cristiana*, anche l'*aequitas mercatorum* favorisce il processo di emancipazione dal formalismo di stampo romanistico. I principi elaborati dal diritto commerciale, dunque, consentono di affermare la rilevanza giuridica dei nudi patti anche in ambito civilistico. Sul punto cfr., PIERGIOVANNI, *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 333.

⁸² In particolare, il secondo periodo della filosofia scolastica, che coincide con il XIII sec. e che è connotato dalla centralità del pensiero aristotelico, contribuisce alla diffusione del principio del *nudum pactum*. Sul punto, GROSSI, *La seconda scolastica nel diritto privato moderno*, Milano, 1973, p. 8.

⁸³ «Fu soprattutto il pensiero giusnaturalista, con la sua esaltazione del momento volontaristico, ad accreditare l'idea che nel contratto ciò che conta è la volontà dei soggetti, la quale non può essere mortificata e costretta nella gabbia di tecniche di comunicazione sociale rigidamente predeterminate»: così ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 206.

⁸⁴ L'esaltazione della volontà individuale, dunque, non ha un significato esclusivamente ideologico ma anche politico: riconoscere l'importanza della libertà dei soggetti rappresenta la preconditione culturale per superare il modello economico proprio dell'*Ancien régime* in sintonia con le esigenze della società borghese. Sul punto cfr. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, p. 33 ss.

⁸⁵ La concezione giusnaturalistica del contratto è profondamente influenzata dall'avvento del liberismo. Il contratto diviene lo strumento giuridico con cui disciplinare l'attività economica privata e incentivare la libertà degli scambi commerciali. In questo contesto, lo Stato affida ai privati la regolamentazione dei propri interessi, limitandosi a garantire la coesistenza delle sfere di libertà dei cittadini. In tal modo il commercio viene liberato dal peso delle forme solenni di derivazione romanistica. La svalutazione dei requisiti di forma, nell'ottica giusnaturalistica, viene valutata in termini positivi come «una mayor elasticidad de las concepciones dominantes en la conciencia social»: così FLUME, *El negocio jurídico*, II, trad. a cura di GONZALEZ e GOMEZ, Madrid, 1998, p. 296.

l'interpretazione del contratto, ma anche la base teorica per lo sviluppo del dogma della volontà, quale punto di incontro tra l'Illuminismo e la Scuola Storica⁸⁶.

Per i profili attinenti alla centralità e al rilievo giuridico della promessa, l'esperienza giusnaturalista costituisce la matrice diretta della teoria pandettista del negozio giuridico.

La scienza del diritto seicentesco attribuisce alla volontà individuale un nuovo significato: quale unico elemento imprescindibile della vicenda negoziale⁸⁷, l'intento delle parti ricopre il ruolo totalizzante di forza creatrice degli effetti giuridici.

Le dottrine giusnaturalistiche, dunque, esprimono il punto di arrivo del processo di astrazione di cui è stato protagonista il contratto e che ha condotto dal rigore formale dell'epoca romana all'affermazione del principio consensualistico⁸⁸.

L'*excursus* appena percorso costituisce una sintetica premessa al fine di verificare se, e in che modo, le esperienze giuridiche del passato abbiano influenzato le codificazioni moderne in tema di formalismo.

Non è possibile soffermarsi compiutamente sul tema dell'evoluzione della forma in ambito contrattuale, non solo perché la profondità dell'argomento esige ben altre applicazioni, ma anche in considerazione del fatto che in questa sede si vogliono indagare solo le origini delle forme autoimposte.

Pertanto, tornando all'epoca romana e considerando esclusivamente l'oggetto della presente indagine, è doveroso il rinvio alla C. 4, 21, 17 del 528 d. c.⁸⁹, la fonte del diritto romano più significativa se non l'unica in tema di forme volontarie.

⁸⁶ Obbligatorio il richiamo all'opera di Ugo Grozio a cui si deve riconoscere il merito di aver elevato il principio consensualistico ad elemento fondante della teoria generale del contratto. Sul punto GROZIO, *op. cit.*, p. 293. Per una panoramica più generale dei rapporti tra giusnaturalismo e contratti cfr. DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo: human rights e Grundrechte*, Milano, 2002. Interessante anche la lettura di BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977.

⁸⁷ «Il ruolo concettualmente assorbente assegnato alla volontà nella teoria del negozio ha fatto sì che non si attribuisse al tema della forma una riflessione adeguata ed autonoma»: così MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, p. 51. Per una panoramica generale sul dogma della volontà nella teoria del contratto, HORWITZ, *The historical foundation of modern contract*, Harvard, 1974, p.132.

⁸⁸ Il principio consensualistico costituisce la roccaforte ideologica del diritto dei contratti influenzato dall'ideologia liberista, una politica economica che promuove il sistema capitalista fondato sul libero mercato e sulla libertà di iniziativa economica. Il liberismo ha rappresentato una componente essenziale del pensiero filosofico settecentesco, ma ha ricevuto concreta applicazione solo a partire dal XIX sec.

⁸⁹ Si riporta di seguito il contenuto della C. 4. 21. 17: «*Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumentum recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere,*

La norma attribuisce ai privati la facoltà di adottare un requisito formale in assenza di una prescrizione legale in tal senso.

I commentatori del testo normativo hanno ritenuto che Giustiniano, consentendo alle parti di assumere convenzionalmente la forma scritta, abbia voluto equiparare le forme volontarie a quelle legali⁹⁰.

L'unico tratto distintivo tra le due si individuerrebbe nell'eteronomia delle prime e nell'essere il frutto di una scelta privata le seconde.

A causa di un'equivoca lettura del diritto giustiniano⁹¹, «le forme volontarie finiscono per apparire – agli occhi dello studioso contemporaneo che indaga l'esperienza giuridica romana – come forme legali liberamente scelte»⁹².

L'acquisizione di questi rilievi consente di affermare che il legame tra forme volontarie e legali vanta origini remote e si spiega alla luce dell'influsso che la tradizione romana ha esercitato sui compilatori dei Codici civili.

L'interpretazione delle convenzioni sulla forma fornita dalla scienza giuridica moderna risente, pertanto, di una serie di condizionamenti dottrinali che si sono stratificati nel tempo.

A ciò si aggiunga che il Codice del Regno d'Italia non contempla alcuna disposizione sulle clausole di forma, un fenomeno nato nella prassi e che ha ottenuto riconoscimento normativo solo con l'entrata in vigore del Codice civile del 1942.

Nonostante ciò, il disinteresse mostrato dai compilatori nei confronti della tematica in esame non ha impedito al formalismo convenzionale di emergere come uno dei temi classici delle indagini sulla forma di quell'epoca.⁹³

*quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere veli id quod emptoris interest ei persolvere». In relazione al formalismo convenzionale, è stato giustamente osservato che con l'analisi del Codice di Giustiniano emerge l'importanza delle forme volontarie. Sul punto ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, in *Arch. Giur.*, 1945, p. 6 ss.*

⁹⁰ Per un approfondimento sulla C. 4, 21, 17, cfr. GALLO, *Riflessioni sulla funzione della scriptura in C. 4, 21, 17*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, p. 411.

⁹¹ L'equivoca lettura delle fonti giustiniane può essere dipesa, almeno parzialmente, dalla loro scarsa conoscenza all'interno dei principali ordinamenti europei. Francia e Spagna, per citare due esempi, hanno ignorato il diritto giustiniano fino all'anno 1000. Per secoli, questi Paesi hanno avuto solo un contatto indiretto con le fonti giustiniane per il tramite di collezioni canoniche: si pensi all'*Epitome Iuliani*, una raccolta che permise di conoscere le Novelle giustiniane in epoca alto medievale. Anche in Italia, pur essendo l'unica terra occidentale in cui la conquista bizantina ha favorito la diffusione del diritto di Giustiniano, la comprensione e lo studio di quest'ultimo non sono mai stati completi ed esaustivi. Per un approfondimento sul punto, ASTUTI, *Le fonti. Età romano barbarica*, Padova, 1968, p. 318.

⁹² VERDICCHIO, *op. cit.*, p. 17.

⁹³ «Che le parti abbiano la facoltà di porre come condizione dell'esistenza di un contratto – per legge non formale – l'adozione di una determinata forma, o anche l'adozione di una forma diversa da quella che è sufficiente per il diritto oggettivo è fuori di ogni possibile discussione»: così CANDIAN, Aurelio, *Documento e negozio giuridico*, I, Parma, 1925, p. 33. Cfr. anche MOSSA, *La documentazione del*

Dall'assenza di una disposizione normativa specifica si è fatta discendere la possibilità per i privati di determinare la forma più adeguata nel perseguire i loro interessi⁹⁴.

Questo vuoto normativo, tuttavia, ha implicitamente confermato i rilievi teorici della tradizione e l'orientamento dominante in tema di patti sulla forma.

In assenza di un preciso referente normativo, la giurisprudenza ha ignorato la questione. Sul versante dottrinale invece, alcuni autori hanno dedicato la loro attenzione alla materia, ma ne è scaturito un dibattito incentrato esclusivamente sull'alternativa tra la funzione costitutiva e quella meramente probatoria del requisito formale voluto dai paciscenti⁹⁵.

Omettendo di indirizzare alcuna critica nei confronti della tradizionale lettura della C. 4, 21, 17, dottrina e giurisprudenza ne hanno confermato l'interpretazione maggioritaria. La riflessione sulle fonti giustinianee elaborata dalla scienza moderna, pertanto, non ha promosso una visione innovativa del formalismo volontario, eccezion fatta per i pochi studiosi che hanno affrontato la questione in modo critico e costruttivo.

In sintesi: lo studio delle clausole di forma è stato condotto per secoli sulla scorta di criteri ermeneutici e paradigmi interpretativi propri delle forme *ex lege*.

L'avvento del Codice civile del 1942 e l'introduzione di una norma espressamente dedicata alle forme volontarie avrebbero dovuto dissipare i molteplici dubbi esistenti in materia.

In realtà, l'equivoca terminologia e la criticabile ubicazione topografica dell'art. 1352 c.c.⁹⁶ hanno confermato ulteriormente lo sfavorevole substrato culturale alla base delle forme autoimposte che faticano, in presenza di un testo normativo così formulato, ad emanciparsi definitivamente dalle forme legali.

Il riconoscimento normativo e la positivizzazione delle pattuizioni sulla forma, dunque, non sono stati accompagnati da una chiara presa di posizione del legislatore codicistico.

contenuto contrattuale, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 431; PAVONI, *La scrittura privata nel diritto commerciale*, Roma, 1914, p. 311.

⁹⁴ Qualora i privati si fossero limitati ad aggravare una forma prevista *ex lege*, la dottrina ha utilizzato l'espressione "forma convenzionale semplice". Quando invece avessero introdotto un requisito di forma laddove anteriormente la forma fosse stata libera, si è parlato di "forma convenzionale derogatoria".

⁹⁵ La dottrina si chiedeva se, in presenza di un accordo sulla forma, «i paciscenti avessero voluto prescrivere per il testo della futura norma negoziale una certa forma quale elemento strutturale ovvero avessero più semplicemente inteso imporre la formazione di uno scritto con finalità probatorie»: così GENNARI, *Brevi note sugli effetti del formalismo convenzionale*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 446.

⁹⁶ Sulle origini dell'art. 1352 c.c. è emerso un dibattito dottrinale. La dottrina maggioritaria ritiene che la disposizione derivi dai paragrafi 125 e 154 2° sez del BGB e dai par 16. cod. feb. ob e 84 ABGB. Così, tra gli innumerevoli, STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 182 nota 1. Al contrario, vi è chi ritiene di dover individuare nell'articolo 15 del codice civile svizzero l'antenato della norma italiana. Sul punto GENOVESE, *Anteo*, *op. cit.*, p. 32, nota 16.

Muovendo da queste considerazioni, si comprende come l'esame delle principali questioni esegetiche poste dall'art. 1352 c.c. non costituisce una speculazione teorica, dati gli innumerevoli e significativi risvolti applicativi connessi al trattamento giuridico delle forme convenzionali.

Il dibattito non ha un rilievo meramente nominalistico poiché consente di prendere posizione sul ruolo e la funzione delle forme autoimposte⁹⁷.

Pare utile cimentarsi in una sintetica ricognizione dell'ambito di operatività dell'art. 1352 c.c., soffermandosi sui principali nodi problematici insiti nel dato normativo: l'indagine, non risolvendosi in una trattazione approfondita di ciascun aspetto, verrà condotta esclusivamente nella prospettiva che in tal sede rileva, e cioè lo studio degli accordi sulla forma.

La disposizione in esame, nel suo duplice contenuto, si limita ad attribuire alle parti la facoltà di determinare la forma del futuro negozio giuridico e a risolvere il dilemma tra forma *ad substantiam* e *ad probationem* a scapito di quest'ultima⁹⁸.

⁹⁷ Così VERDICCHIO, *Le forme convenzionali*, in *I contratti in generale*, VII, diretto da Cendon, Torino, 1000, p. 387.

⁹⁸ La disputa sulla natura costitutiva o probatoria dei patti sulla forma non può essere oggetto di indagine in questa sede, pena una sua trattazione semplicistica. Ci si limiti a ricordare che, in presenza di una prescrizione di forma, la dottrina è oggi unanime nel ritenere che la stessa sia voluta dai paciscenti quale elemento strutturale della fattispecie. Così MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1996, p. 418; PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, cit., p. 206; FRAGALI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di D'AMELIO e FINZI, Firenze, 1948, I, p. 415 ss. Più risalenti, ROLLA, *Forma convenzionale degli atti giuridici e clausole di prova*, in *Giur. it.*, 1939, I, p. 177; TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, p. 204. Del resto questa è la soluzione accolta dal legislatore, come si evince dalla lettura della Relazione ministeriale numero 617 che accompagna il Codice civile. Il legislatore, nei casi dubbi, opta a favore dell'essenzialità della forma volontaria, facendo propria la lettura che un autorevole esponente della scuola pandettistica fornisce della Lex. 17 C. *de fide instrumentorum*, IV, 21. Sul punto WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. a cura di Fadda-Bensa, Torino, 1930, II, t. I, pp. 212-213. Una dottrina minoritaria ha optato per il valore meramente probatorio del requisito formale affermando l'impossibilità di invocare la forma solenne qualora l'onere di precisione e di chiarezza rimanga inadempito. Sul punto, GOMEZ SALVAGO SANCHEZ, *La forma volontaria del contracto*, cit., p. 70; SEGRE', *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, p. 199; CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 396. Infine, vi è chi non si è pronunciato a favore di nessuna delle due opzioni, ritenendo che la soluzione debba essere individuata caso per caso. Poiché il problema in analisi integra una *quaestio voluntatis*, è necessario indagare la reale volontà delle parti e non si può, dunque, fornire alcuna soluzione precostituita. Così ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 12; COVIELLO, *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, Milano, 1902, p. 84. Anche in seno al formante giurisprudenziale, si registrano voci discordanti. Sulla prevalenza della natura costitutiva della forma volontaria cfr. Cass. 13.7.2001, n. 9554, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1392; Cass. 12.6.1998, n. 5922, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1311; Cass. 22.12.1987, n. 9587, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 12. Per l'opposta ricostruzione Cass. 6.5.1996, n. 4167, in *Rass. dir. civ.*, 1997, IV, p. 923, con nota critica di FAVALE, *La corte di cassazione erige il mausoleo delle forme volontarie*; Cass. Torino, 16.3.1923, in *Mon. trib.*, 1923, p. 652; Cass. Roma, 26.7.1919, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 197. Sulla necessità di indagare l'effettiva volontà delle parti per risolvere la questione dell'alternativa tra forma *ad substantiam* e *ad probationem*, Cass. 28.11.1994, n. 10121, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 1497; Cass., 7.3.1983, n. 1563, in *Rep. Giur. it.*, 1983, voce *Obbligazioni e contratti*, p. 3042; Cass. 22.3.1967, n. 639, in *Giur. it.*, 1968, I, p. 1.

La formulazione letterale dell'art. 1352 c.c. ha esercitato un'intensa suggestione sulla dottrina che si è occupata della questione, inducendola a declinare l'alternativa tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem* nei modi classici.

Il dibattito che ne è scaturito conferma la tendenza del legislatore, influenzato dalla sovrapposizione concettuale tra forme volontarie e legali, ad occuparsi in relazione a queste ultime, dei medesimi aspetti problematici che caratterizzano le forme eteroimposte.

In tal modo, l'esame dei *vestimenta* privati viene impropriamente ricondotto nel novero delle forme per la validità o per la prova; trascurando che tale dicotomia non può essere trasposta, *sic et simpliciter*, nell'ambito delle forme pattizie.

Si aggiunga ora che la presunzione a favore della forma vincolata, in assenza di un'esplicita volontà privata, non è accompagnata da un chiarimento circa la sua natura giuridica.

Secondo una dottrina minoritaria si tratterebbe di una presunzione relativa, appartenente alla categoria dei mezzi di prova⁹⁹.

La dottrina prevalente, invece, è propensa ad affermarne la natura interpretativa: l'art. 1352 c.c. sarebbe una norma d'interpretazione oggettiva da applicarsi in presenza di accordi sulla forma privi di un significato univoco.

A questo secondo orientamento è stato obiettato che «la riduzione del meccanismo normativo ad un mero criterio di interpretazione pone in crisi il nucleo caratteristico della soluzione legislativa»¹⁰⁰. Poiché l'attività interpretativa presuppone la preesistenza del dato da interpretare, non si comprende come possano dichiarazioni anteriori fungere da canone ermeneutico per interpretare dichiarazioni rese posteriormente.

Pertanto, sarebbe improprio ritenere che la norma contenga una regola interpretativa particolare con la quale il legislatore ha voluto agevolare l'individuazione dell'effettiva intenzione delle parti. A ciò si aggiunga che anche l'inserimento dell'art. 1352 c.c. nel capo II del titolo II del libro IV dedicato ai requisiti del contratto fa dubitare della sua natura interpretativa posto che, ad essere rigorosi, una sua collocazione all'interno del capo IV sull'interpretazione del contratto sarebbe stata più opportuna.

Più corretto individuare nella norma un criterio integrativo sul significato dei patti sulla forma, criterio la cui applicazione è subordinata all'assenza di qualsiasi manifestazione di volontà privata.

⁹⁹ Così MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., p. 152.

¹⁰⁰ Così, DISTASO, *La forma*, in *I contratti in generale*, II, 1985, p. 870. L'Autore evidenzia l'errore insito in una ricostruzione che faccia leva sulla natura interpretativa della convenzione sulla forma.

Anche la natura del requisito di forma ha dato adito a numerose perplessità.

Il Codice civile menziona esclusivamente la scrittura. Indubbi i vantaggi che essa presenta: consentendo di fissare nel tempo le dichiarazioni dei contraenti, lo scritto garantisce la certezza delle situazioni giuridiche.

Inoltre esercita un'efficace forza dissuasiva rispetto a qualsiasi tentativo di intraprendere una lite giudiziaria: chiunque voglia rivolgersi agli organi di giustizia, tenderà a valutarne l'opportunità con maggior attenzione sapendo che la controparte, provvista di una prova scritta, potrà far valere in giudizio le proprie pretese in modo relativamente agevole.

La scrittura, infine, svolge un'importante funzione probatoria poiché fa piena prova fino a querela del falso ai sensi dell'art. 2700 c.c.

Quanto detto, tuttavia, non consente di escludere che forme diverse dallo scritto siano altrettanto idonee a soddisfare le esigenze dei contraenti.

Ci si deve interrogare sull'ammissibilità di patti che prevedono l'uso di altri requisiti di forma, in particolar modo sulla possibilità di ricorrere a patti verbali sulla forma

Dalla circostanza che il Codice civile abbia previsto il solo requisito della scrittura non si può evincere il divieto di adoperare tipologie formali differenti. Ritenere plausibile una simile limitazione equivale ad inferire arbitrariamente dal silenzio del legislatore un vincolo a carico dell'autonomia negoziale¹⁰¹.

Da questo punto di vista la disposizione è fortemente lacunosa: trascurando le innumerevoli alternative alla scrittura, liberamente utilizzabili dai contraenti, il legislatore mostra di aver considerato solo uno dei possibili criteri ermeneutici con cui affrontare lo studio della clausole di forma nel contratto¹⁰².

Nulla osta alla piena efficacia di accordi conclusi oralmente o per *facta concludentia*¹⁰³, dal momento che la mancanza della scrittura non determina l'inefficacia del patto ma rende solo inoperante la presunzione a favore della natura costitutiva del requisito formale.

Un'altra annosa questione che il legislatore non ha saputo affrontare concerne le conseguenze della violazione della clausola di forma.

¹⁰¹ Del resto, anteriormente all'entrata in vigore del Codice civile del 1942, pur mancando una norma sulle forme convenzionali, il dibattito intorno alla loro ammissibilità era già emerso.

¹⁰² «Solo l'erroneo presupposto che questa sia una presunzione può avere indotto il legislatore a limitare l'applicazione della regola alle convenzioni scritte relative al contratto futuro»: così MIRABELLI, citato da DISTASO, *La forma*, cit., p. 886.

¹⁰³ Così Cass. 8.8.1997 n. 7354, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1368.

Nell'ipotesi di mutuo dissenso, non viene specificato se si deve accordare prevalenza al principio di libertà formale o, al contrario, se si applicano gli opposti principi della corrispondenza e simmetria tra le forme¹⁰⁴. Non è questa la sede per affrontare la tematica della revoca del patto sulla forma e delle conseguenze della sua violazione, pena il rischio di un'eccessiva dilatazione dell'oggetto di studio.

Pare utile, invece, interrogarsi sulla possibilità di fissare pattiziamente un requisito di forma anche in rapporto ai negozi giuridici di natura non contrattuale.

L'art. 1352 c.c. contempla esclusivamente gli accordi con cui le parti eleggono volontariamente la forma ritenuta più idonea in vista della conclusione di un contratto futuro.

In tal modo, l'effetto dei patti sulla forma viene confinato ad una particolare categoria di negozi giuridici (i contratti) rispetto ai quali il requisito di forma deve necessariamente preesistere.

Rimangono prive di referente normativo le ipotesi in cui i contraenti, avendo già perfezionato un contratto, si obbligano ad adottare una forma determinata per atti bilaterali o unilaterali incidenti su un rapporto già esistente.

L'interpretazione letterale della disposizione impedisce di sussumere al suo interno gli accordi con i quali le parti non hanno voluto stabilire requisiti di forma in vista del perfezionamento di un nuovo contratto, ma si sono limitate a disciplinare la forma di dichiarazioni, negozi relativi a un rapporto contrattuale già instaurato tra di loro.

In quest'ottica le pattuizioni sulla forma degli atti diversi dai contratti non sembrano riconducibili al fenomeno formalistico così come disciplinato dall'art. 1352 c.c.

E' opportuno chiedersi se sia corretto limitare l'applicabilità della disposizione ai soli contratti futuri.

Si tratta di un aspetto particolarmente significativo ai fini della presente ricerca perché funge da anticamera gnoseologica allo studio delle clausole di forma inserite in un contratto tra consumatore e professionista nella veste di condizioni generali di contratto.

Il quesito può essere formulato in questi termini: gli atti unilaterali possono costituire oggetto di apposita pattuizione sulla forma¹⁰⁵?

Il problema è tipicamente interno al nostro ordinamento.

¹⁰⁴ Sul punto CERDONIO CHIARAMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 241 ss. Si veda anche NATALE, *La rinuncia alla forma convenzionale*, in *Contratti*, 2000, p. 876, nota a Cass. 14.4.2000 n. 4861.

¹⁰⁵ Sulla forma degli atti unilaterali, MACIOCE, *Appunti sulla forma degli atti unilaterali. Sul principio di libertà delle forme*, in *La forma degli atti del diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Roma-Napoli, 1988, p. 91.

Mentre in Germania il legislatore, adoperando genericamente l'espressione "negozio giuridico", ha prevenuto qualsiasi dubbio sulla natura unilaterale o contrattuale degli atti formali¹⁰⁶, la formulazione dell'art 1352 c.c. rende problematica l'estensione dei patti sulla forma a negozi unilaterali modificativi o estintivi di un rapporto già sorto in forza del contratto. E' forse questo il nodo gordiano della questione, dal quale emerge la problematicità insita nel dettato codicistico e la sua inadeguatezza a fornire soluzioni certe.

Nella prassi, infatti, sono frequenti le clausole che sottopongono a determinate modalità di perfezionamento successivi atti unilaterali¹⁰⁷.

Al di là del tenore letterale della norma¹⁰⁸, considerazioni di più ampio respiro inducono la dottrina maggioritaria a negare l'estensibilità delle forme pattizie agli atti unilaterali.

L'assenza di uguaglianza tra le parti costituisce una prima argomentazione volta ad escludere l'applicabilità dei patti sulla forma ai negozi unilaterali¹⁰⁹. Si teme, infatti, che la pattuizione con cui si convengono modalità attinenti ad atti unilaterali costituisca fonte di possibili abusi, imponendo l'onore di forma ad un solo contraente.

I patti sulla forma relativi ad atti unilaterali, pertanto, non sarebbero ammissibili stante la loro carica fortemente vessatoria e l'assenza di un apprezzabile interesse delle parti¹¹⁰, interesse al quale si subordina la possibilità di imporre *vestimenta* per via convenzionale.

Al contrario, interpretazione teleologica ed assiologica, integrate da un esame scrupoloso della realtà fattuale¹¹¹, conducono ad una diversa conclusione, basata sul recupero dei profili economici e sociali del fenomeno in esame.

¹⁰⁶ Il par. 125 BGB, 2° co., stabilisce che la violazione della forma volontaria conduce, nel dubbio, alla nullità del negozio giuridico per il quale sia prescritta. L'omesso riferimento alla natura contrattuale di tale negozio preclude qualsiasi disputa sul punto. La norma tedesca trae origine dal par. 117 del codice prussiano.

¹⁰⁷ Si pensi ai casi in cui è previsto un requisito di forma per recedere da un contratto o per dare una disdetta, o ancora alle ipotesi in cui si fissano particolari modalità comunicative per denunciare un fatto. Queste ipotesi saranno oggetto di approfondimento nel II capitolo del presente lavoro di ricerca.

¹⁰⁸ Sul punto MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., p. 839.

¹⁰⁹ La prescrizione dell'art. 1352 c.c. «si giustifica, e può valere, riguardo alla futura conclusione di un contratto, in cui le parti si presentano nella stessa posizione, e su un piano di uguaglianza (formale), mentre non si spiega per quel che attiene all'ipotesi in esame, in cui l'onore formale [...] viene posto a carico di una sola delle parti»: così R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 461, citato da FAVALE, *Le forme extralegali e autonomia negoziale*, cit., p. 138, nota 319.

¹¹⁰ Così OSTI, *Il contratto*, cit., p. 512.

¹¹¹ «La fenomenologia giuridica, intesa quale perfetta sintesi tra fatto e diritto, caratterizzati da un'incessante osmosi e da permeazione reciproca, non si presta oggi né ad un'interpretazione formalistica né di taglio solo sociologico»: così STANZIONE, *Rapporto giuridico*, in *Enc. giur.*, XXV, Milano, 1991, p. 2.

L'*interpretatio sub finem* consente di far luce sulle reali esigenze che hanno indotto le parti ad imporre un vincolo di forma¹¹².

Si è già avuto modo di riflettere sulle finalità connesse alla previsione del requisito formale: sicurezza e certezza giuridica, univoca fissazione del rapporto obbligatorio, garanzia di un consenso ponderato e non precipitoso.

Se è vero che l'autonomia privata può intervenire nel procedimento di perfezionamento del contratto¹¹³, non si comprende il divieto di convenire una forma particolare anche per atti unilaterali incidenti sul contratto stesso¹¹⁴.

L'ulteriore svolgimento dei rilievi evidenziati induce ad un'attenta considerazione dell'assetto di interessi divisato dalle parti nell'esercizio della facoltà concessa loro dall'ordinamento di costringere l'esternazione volitiva all'interno di precisi moduli sintattici.

Nulla quaestio qualora, in attuazione del dettato codicistico, la modalità formale autoimposta sia diretta alla conclusione di un futuro contratto.

E' del pari innegabile che non esistono valide ragioni per escludere una simile facoltà in riferimento ai negozi unilaterali, anch'essi momenti attuativi dell'autonomia negoziale¹¹⁵.

Tra i principali vantaggi della forma vincolata vi è la possibilità di prevedere in maniera certa le conseguenze giuridiche delle proprie azioni, delle quali si individua *ex ante* la base giustificativa: questa esigenza può coesistere con il fenomeno dell'imposizione di un vincolo di forma in relazione agli atti unilaterali¹¹⁶.

¹¹² La collocazione dell'art. 1352 c.c. all'interno dei principi generali in tema di contratto ed il rinvio all'art. 1324 c.c. dovrebbero di per sé consentire l'estensione delle forme convenzionali agli atti unilaterali. Si ritiene, tuttavia, che l'analisi sistematica del Codice civile ed il ricorso al mero criterio topografico non rappresentino la giusta lente attraverso la quale osservare il fenomeno delle forme autoimposte poiché non consentono di esaminare nel dettaglio i variegati profili funzionali di cui è connotato l'universo delle forme pattizie.

¹¹³ Il potere dispositivo trova la sua fonte nell'autonomia negoziale. Pertanto, la forma convenzionalmente disposta costituisce un momento attuativo di tale autonomia.

¹¹⁴ In questi termini si è espressa anche la giurisprudenza: «il formalismo convenzionale può riguardare non solo la futura conclusione di un contratto, ma anche il consenso relativo a possibili vicende future di un rapporto negoziale già instaurato»: così Cass. 29.1.1988, n. 833, in *Giust. civ. Mass.* 1988, 1.

¹¹⁵ Il patto sulla forma, dunque, può avere ad oggetto anche atti unilaterali incidenti sul rapporto già costituito. Del pari risultano ammissibili vincoli formali per atti di comunicazione o di adempimento: in tali ipotesi però, poiché la forma non ha per oggetto un negozio giuridico, è inoperante la presunzione della sua essenzialità. Così BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 292.

Sul punto si veda anche CARIOTA FERRARA, *La forma dei contratti e i contratti sulla forma*, in *Scritti minori*, Napoli, 1986, p. 462. Sul fronte giurisprudenziale si veda Cass. 26.3.2001 n. 4350, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 588; Cass. 20.8.1992, n. 9719, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1256.

¹¹⁶ «Nulla vieta che i patti sulla forma fissino requisiti di validità non per il contratto già perfezionato ma per i singoli atti negoziali a contenuto e a provenienza unilaterali suscettibili di intervento sulla vita del rapporto»: così DI PAOLO, *La forma del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 172.

Lo spessore teleologico del patto sulla forma, infatti, non muta al variare dell'oggetto di tale accordo, sia esso un atto unilaterale o un contratto futuro¹¹⁷.

L'ontologica consonanza delle due fattispecie si individua nel sacrificio della spontaneità dell'esprimersi in nome della realizzazione di specifici interessi perseguita tramite l'atto di autoregolamentazione privata.

Ad esito delle riflessioni effettuate, è opportuno distinguere l'ambito di operatività dell'art. 1352 c.c. dal formalismo volontario in senso lato.

Il legislatore codicistico, nel discorrere di patti sulla forma, ha voluto riferirsi solo ad uno dei possibili casi sussumibili all'interno degli accordi sulla forma¹¹⁸.

Il dato positivo, di cui si è cercato di individuare i principali limiti intrinseci, non esaurisce il fenomeno formalistico di natura volontaria, ma ne costituisce una parziale manifestazione¹¹⁹.

Anche la prospettiva assiologica e la tendenza alla parcellizzazione funzionale del requisito di forma suggeriscono prudenza nell'aderire ad una visione monolitica della tematica che la riduca all'utilizzo della scrittura per concludere un contratto futuro.

Variabili quali la presenza di modalità espressive alternative allo scritto o la previsione di una forma pattizia per atti diversi dal contratto confermano la problematicità del dibattito e l'impossibilità di arginarlo all'interno degli esigui confini imposti dal Codice civile.

Questa conclusione troverà supporto nell'analisi delle clausole di completezza, fenomeno al quale si è già fatto riferimento per sottolineare la necessità di un approccio che non si esaurisca nella mera parafrasi del dato letterale ma che, svincolandosi dal *nomen iuris* delle singole clausole contrattuali, ne individui il reale fondamento giustificativo e garantisca un loro trattamento ermeneutico omogeneo nell'ipotesi di identità di *ratio*.

¹¹⁷ Sull'identità di *ratio* tra patto sulla forma di un atto unilaterale e di un contratto si è espressa anche la Suprema Corte in una sentenza che costituisce il *leading case* in materia. Sul punto, Cass. 9.2.1980 n. 909 in *Giust. civ.*, 1980, p. 2236.

¹¹⁸ «Si abbia ben presente che l'art. 1352 c.c. è ben lungi dall'esaurire tutta la problematica del formalismo volontario. Esso è riferibile letteralmente ai soli patti di forma conclusi per iscritto e relativi alla conclusione di un futuro contratto. Grande è il contrasto in dottrina sul trattamento da riservare ad un patto non scritto, o contestuale o addirittura successivo alla stipulazione di un contratto»: così GENNARI, *Brevi note sugli effetti del formalismo convenzionale*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 446, nota a Cass. sez. lav., 6.5.1996, n. 4167.

¹¹⁹ In quest'ottica il rapporto tra formalismo convenzionale e articolo 1352 c.c. può essere descritto nei termini di *genus* e *species*. Sul diverso e più circoscritto ambito applicativo dell'art. 1352 c.c., GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 988 ss.

Dopo questi brevi chiarimenti e nella speranza di aver reso più agevole la comprensione del fenomeno formalistico, si è giunti ora ad un passaggio emblematico dell'itinerario conoscitivo intrapreso.

Affermare che i privati possono, mediante un accordo, eleggere il *vestmentum* ritenuto più consono anche con riferimento ad un atto unilaterale è cosa ben diversa dal legittimare una parte ad imporre all'altra un requisito di forma.

Nel primo caso, infatti, l'unilateralità riguarda la dichiarazione o il negozio per il quale si richiede la forma vincolata, ma essa è il frutto dell'incontro tra due consensi.

La dimensione dialogica manca nella seconda eventualità: tale assenza dà adito a forti resistenze in relazione alla plausibilità di un vincolo formale unilateralmente voluto.

La questione si presta ad una trattazione trasversale che impone l'esame delle condizioni generali di contratto¹²⁰, tematica alla quale si darà ampio spazio nel secondo capitolo del presente lavoro di ricerca.

Si consideri una clausola di forma inserita in un contratto standard o, più in generale, il caso in cui alcune condizioni di contratto non siano state oggetto di previa trattativa tra le parti.

«Non è raro trovare ipotesi nelle quali uno dei due contraenti abusi della propria forza economica per imporre all'altra un rapporto iniquo; ciò può manifestarsi anche attraverso un vincolo di forma attinente alla costituzione, alla modificazione, alla estinzione di un negozio»¹²¹.

In queste circostanze, la clausola di forma determina inevitabilmente un aggravamento della posizione dell'aderente.

L'ingerenza dell'autonomia negoziale nella disciplina della forma contrattuale, tuttavia, non può comportare la lesione dei diritti ai quali l'ordinamento accorda tutela e, a

¹²⁰ L'inserimento delle clausole di forma all'interno delle condizioni generali di contratto non è stato oggetto di approfondimento in sede dottrinale e giurisprudenziale. La delicata questione è stata spesso liquidata mediante il richiamo all'art. 1342 c. c., affermando frettolosamente e senza una base giustificativa la legittimità di una revoca tacita del patto sulla forma. Al contrario ordinamenti come quello tedesco mostrano una spiccata sensibilità verso la tematica in esame: il principio della prevalenza della clausola particolare, di cui al par. 305b del BGB, ha fornito alla giurisprudenza d'oltralpe la possibilità di sostenere la natura precaria delle clausole di forma. Il controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti dai contraenti mediante la previsione di un onere di forma, inoltre, è stato reso possibile anche grazie al par. 307, 1° co., 1° periodo secondo il quale «Le clausole nelle condizioni generali di contratto sono inefficaci se in violazione della buona fede arrecano uno svantaggio irragionevole alla controparte di chi le utilizza». Per un approfondimento sul punto HROMADKA, *Clausole di forma scritta e condizioni generali di contratto nel diritto tedesco*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 593.

¹²¹ Così FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale*, cit., p. 84. Sul tema dell'abuso, cfr. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, VI, p. 625.

fortiori, il perseguimento di finalità in contrasto con i principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento che informano la disciplina del contratto.

Solo dal costante confronto tra ordinamento e autonomia negoziale scaturiscono gli effettivi confini dell'agire privato: se l'interpretazione della clausola di forma non consente di comporre interessi individuali e valori di più ampio respiro, si deve necessariamente asserire la natura vessatoria di tale clausola¹²².

Si rinviano le considerazioni sul punto al prosieguo della trattazione, quando si avrà modo di soffermarsi in maniera più compiuta sulla questione della vessatorietà della clausola di forma contenuta in un contratto tra consumatore e professionista.

In questa sede, tuttavia, pare opportuno lo svolgimento di due questioni preliminari.

Innanzitutto, l'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons. si riferisce agli accordi che prevedono l'adozione di una determinata forma all'interno di contratti predisposti unilateralmente: ne deriva una chiara sovrapposizione tra il formalismo convenzionale e la contrattazione standardizzata, che rappresenta di per sé un punto critico della sistematica privatistica moderna poiché induce a dubitare dell'adeguatezza del contratto a regolamentare interessi diversi da quelli strettamente individuali.

Da questo punto di vista, lo studio delle clausole di forma inserite nel contratto nella veste di condizioni generali costituisce un'utile occasione per ripensare i rapporti tra negoziazione standardizzata ed autonomia negoziale.

Secondariamente, si è detto poc'anzi che l'autonomia negoziale, in particolare quando si manifesta nella predisposizione unilaterale del contenuto del contratto, non può tradursi nella lesione di valori ai quali l'ordinamento accorda protezione.

Pertanto, il vincolo formale imposto dal contraente forte, per sottrarsi ad una pronuncia di vessatorietà, deve essere supportato da un'adeguata *ratio* giustificativa.

Questa conclusione non muta al variare della prescrizione adoperata dal predisponente, sia essa una clausola di forma propriamente detta piuttosto che un'altra clausola che contempla un requisito formale: in entrambi i casi, infatti, permane la medesima esigenza di accordare al contraente debole una tutela sostanziale.

A ragionare diversamente, si frustrerebbe la logica protezionistica cara al legislatore comunitario.

¹²² «L'autonomia privata come potere di autodeterminazione non trova più riscontro e meritevolezza in sé: la valutazione dell'atto di autonomia è positiva soltanto qualora l'atto concreto risponda ad una funzione giuridicamente e socialmente utile»: così PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 138.

Nell'ultimo capitolo della presente ricerca si avrà modo di enucleare in maniera più esaustiva le motivazioni che sconsigliano di diversificare il trattamento ermeneutico delle due tipologie di termini contrattuali.

Si tratta di un approfondimento che postula necessariamente un previo esame delle clausole sulla forma per poi procedere ad una loro diversificazione nei profili strutturali rispetto alle clausole di completezza.

Pertanto, prima di soffermarsi sulle prescrizioni di forma adoperate dal professionista nei rapporti di consumo, si cercherà di individuare il significato e la rilevanza pratica delle clausole di forma genericamente intese, per poi calarle all'interno della categoria dei *contratti business to consumer* ed individuarne i tratti peculiari attraverso l'esame congiunto nel Codice civile e del Codice del consumo.

4. Natura giuridica della clausola di forma

Nel tentativo di esaminare le differenti tipologie di patti sulla forma, si ritiene opportuno cimentarsi ora in un'indagine di natura semantica incentrata sulla "clausola". Questa breve parentesi, distante dall'essere uno sterile approfondimento dal sapore meramente teorico, risulterà particolarmente utile anche quando si affronterà la questione delle clausole di completezza.

Infatti, la discrasia terminologica esistente sul punto all'interno dei diversi ordinamenti europei – basti citare la non perfetta sovrapponibilità delle *merger clauses* alle *clauses d'intégralité* – rende ancor più auspicabile chiarire il significato di questa parola.

Nessun dubbio sulla qualificazione della clausola come manifestazione di volontà¹²³.

Si tratta, tuttavia, di una definizione approssimativa i cui contorni sbiaditi non consentono di impostare la ricerca in termini chiari e non equivoci.

La vaghezza dei tentativi definatori emersi in ambito dottrinale è sintomo di un evidente scollamento tra la rilevanza pratica del concetto e la scarsità degli studi sistematici ad esso dedicati¹²⁴.

Tralasciando il significato di clausola quale comando eteronomo inserito dal legislatore in un negozio giuridico inderogabilmente o in difetto di espressa volontà privata¹²⁵, in

¹²³ Si veda GANDOLFI, *Clausole generali*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403.

¹²⁴ Sulla natura problematica dell'essenza e della funzione del termine clausola, cfr. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003; SGROI, *Clausole d'uso, clausole vessatorie e clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 115.

¹²⁵ Così GRASSETTI, *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 184.

questa sede clausola è sinonimo di patto. Il richiamo alla nozione di *pactum*¹²⁶ permette di sottolineare l'attitudine della clausola a fungere da strumento di regolamentazione dei rapporti tra privati¹²⁷.

La clausola, dunque, è un imperativo inscindibile del negozio giuridico dotato di una sua individualità rispetto al contenuto del contratto in cui è inserito¹²⁸.

Tendenzialmente, si contrappongono due nozioni di clausola, l'una formale e l'altra sostanziale¹²⁹.

Nella prima accezione, l'espressione viene considerata un tassello del tessuto linguistico contrattuale privo di contenuto precettivo e di autonomia sostanziale.

Sottovalutando la capacità creativa dell'accordo, la clausola viene definita come una mera proposizione dotata di significato sintattico che costituisce parte del testo contrattuale.

Ai fini della presente indagine, tuttavia, si prediligerà l'utilizzo del termine in senso sostanziale, ciò alla luce di considerazioni di ordine logico, oltre che di ragioni di carattere strutturale. Aderire ad un'impostazione formale e parlare di "proposizione", in luogo di "precetto", rischia di essere fuorviante poiché una proposizione linguistica può contenere al suo interno una pluralità di precetti ed è, pertanto, scindibile in più clausole.

Ma se per clausola si deve intendere il singolo imperativo negoziale dotato di "precettività individuale", l'ontologica irriducibilità della clausola come elemento prescrittivo- volitivo del contratto impone che la stessa vada intesa necessariamente in senso sostanziale.

In quanto espressione di autonomia privata, la clausola rappresenta il meccanismo dotato di capacità creativa attraverso il quale le parti modificano la realtà giuridica¹³⁰.

¹²⁶ Sull'etimologia di patto, si veda ERNOUT e MEILLET, *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, Parigi, 1959, p. 473, citato da MELILLO, *Patto*, in *Dig. civ.* Torino, 1988, p. 480, nota 18.

¹²⁷ *Pactum* deriva da *pax* ed indica l'attività posta in essere da coloro che per via convenzionale determinavano la cessazione di una situazione di belligeranza. Il valore costitutivo del termine *pacere*, dunque, ben si presta ad accentuare il momento attivo insito nella costituzione di un equilibrio tra le parti di un *pactum*, sul punto MELILLO, *op. ult. cit.*, p. 479.

¹²⁸ Così GRASSETTI, *op. loc. ult. cit.*; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 183.

¹²⁹ La contrapposizione di clausola come precetto autonomo e clausola come proposizione linguistica non è condivisa da parte della dottrina. Sul punto cfr. COVIELLO, *In margine all'art. 1340 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 501. Per una disamina delle differenti tipologie di clausole si veda anche ADDIS, *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, Milano, 2003, p. 369; e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, p. 3; e col titolo: *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in *Autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 109.

Clausola, dunque, quale parte elementare del negozio giuridico che, a sua volta, è la risultante della coordinazione tra le molteplici clausole di cui è composto¹³¹.

In quest'ottica emerge uno stretto legame tra "contenitore" e "contenuto"¹³². Nulla vieta di interpretare la clausola isolatamente, ma si deve altresì sottolineare il rischio insito in una ermeneutica acontestuale: il senso ascritto alla clausola influenza il testo del contratto e da quest'ultimo, a sua volta, la clausola riceve il valore del proprio contenuto¹³³.

E' altresì innegabile che rappresentare la clausola come «parte di un tutto», pur fungendo da utile criterio valutativo, non contribuisce a dissipare i dubbi in ordine alla sua concreta funzione¹³⁴.

Una ricostruzione attenta ai soli profili classificatori mal si concilia con l'intento pratico alla base del presente lavoro di ricerca che, come si è già anticipato, non vuole concentrarsi esclusivamente sulle prescrizioni di forma tradizionali ma si pone l'obiettivo di valutare attentamente la contiguità funzionale di clausole apparentemente diverse tra loro.

E' opportuno, pertanto, combinare l'approccio semantico e gli aspetti di natura definitoria con l'analisi dei profili teleologici.

Solo individuando la necessaria corrispondenza tra precetto ed effetto, sarà possibile cogliere l'essenza della clausola, carpirne l'effettivo significato ed identificarne le conseguenze sul piano operativo.

I tentativi definitori dunque, seppur dotati di un'utile portata chiarificatrice, non devono essere estremizzati al punto da voler costringere il termine in esame entro confini che poco si prestano a coglierne la natura malleabile.

¹³⁰ Sulla capacità creativa della clausola cfr. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1961, p. 19. Secondo l'Autore, esiste una clausola nella misura in cui si accerta che la volontà delle parti è diretta a produrre un'azione nel mondo giuridico.

¹³¹ E' stato sottolineato che le clausole di un contratto esercitano funzioni tra loro coordinate nell'economia di un rapporto. In questo senso MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit, p. 87 ss.

¹³² Per un approfondimento sul rapporto tra clausola e negozio giuridico, si veda FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporto tra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, p. 312.

¹³³ Così BETTI, *Teorie generali dell'interpretazione*, Milano, 1990, p. 309. L'Autore sottolinea la natura circolare dell'attività interpretativa in tema di clausole quando afferma che il senso delle singole parti debba intendersi in funzione dell'unità del tutto e che, a sua volta, l'unità del tutto si possa cogliere solo per mezzo dei suoi singoli elementi costitutivi. Nel medesimo senso anche IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1139. Per un approfondimento sull'interpretazione sistematica del contratto cfr. GENOVESE, Andrea, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008; RIZZI, *L'interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano, 2002.

¹³⁴ «Il concetto di appartenenza ad altro non è indicativo della sostanza di ciò che è»: così SICCHIERO, *op. cit.*, p. 1.

Chiarita l'accezione sostanziale con la quale si adopererà il vocabolo, indagati i rapporti tra *pactum* e *contractus*, è bene interrogarsi sulla natura dello strumento attraverso il quale le parti si vincolano volontariamente al rispetto di un requisito di forma.

Si è già avuto modo di sottolineare il carattere lacunoso dell'art. 1352 c.c.: pur legittimando i privati a rendere formali contratti per i quali il legislatore ha previsto la forma libera, la disposizione copre un ambito applicativo limitato del formalismo convenzionale.

Ulteriori e forse ancor più inestricabili ostacoli emergono in relazione alla rilevanza dei patti sulla forma.

La tendenza spiccatamente formalistica del nostro ordinamento contribuisce a rendere attuale il dibattito sul punto.

Mentre nell'ordinamento tedesco i vincoli di forma vengono controbilanciati da un organico sistema di sanatorie degli atti aformali, con un'implicita attenuazione dell'onere formale, nel nostro Paese manca un meccanismo convalidante di tale portata. Ciò ha indotto dottrina e giurisprudenza ad escogitare attenuazioni della regola sulla forma.

Si ritiene, tuttavia, che il tema offra spunti così rilevanti da non poter essere affrontato cercando di ridimensionare arbitrariamente la portata delle prescrizioni formali.

Per questa ragione ci si cimenterà nel tentativo di individuare la natura giuridica dei patti sulla forma per poi interrogarsi sulle conseguenze in sede operativa del loro inserimento all'interno di un contratto.

Mediante il patto sulla forma i privati subordinano gli effetti di un negozio giuridico al verificarsi di circostanze non richieste legalmente: in tal modo essi partecipano attivamente alla regolamentazione del modo di essere dei propri interessi.

La clausola di forma, come qualsiasi altro elemento volontariamente aggiunto al testo del contratto, ha lo scopo di comporre istanze particolari dei soggetti coinvolti¹³⁵.

Vincolandosi al rispetto di un preciso requisito formale, le parti dichiarano l'intenzione di ritenersi impegnate solo da dichiarazioni e atti posti in essere osservando la forma convenuta.

La scarsa attenzione e sensibilità verso accordi di questo tipo sono riconducibili alla tradizionale tendenza ermeneutica che li considera un *vulnus* della libertà formale, più che un fattore di implementazione della stessa¹³⁶.

¹³⁵ La circostanza che i privati possano imporre un requisito di forma si giustifica alla luce della competenza riconosciuta loro dall'ordinamento a regolare da sé i propri interessi.

Si è già chiarito come la contrapposizione tra i principi delle forme libere e delle forme vincolate sia il retaggio di una ricostruzione del fenomeno in esame lacunosa e per molti aspetti fuorviante.

Si vedrà in seguito che anche la riflessione sulla natura delle clausole di forma conferma ulteriormente i limiti di un approccio basato su rigide contrapposizioni.

Il patto sulla forma contiene elementi ed indicazioni sufficienti ad identificare la forma di un atto o una dichiarazione. Il requisito formale, di norma, è una forma tipica *ex lege* ma, come già anticipato, è ipotizzabile il ricorso a forme diverse purché ammissibili nel contesto dei traffici giuridici.

Pur presentando una struttura bilaterale, tale pattuizione non è un contratto in senso tecnico, dal momento che è assente il carattere dispositivo sul patrimonio.

Non pare difficoltoso affermare cosa non sia il patto sulla forma; ben più difficile individuarne una definizione in termini positivi che non pecchi di eccessivo generalismo.

Ritenere che il patto sulla forma sia un «reciproco impegno di condotta che rende giuridicamente irrilevanti le successive attività compiute in una diversa forma»¹³⁷ non consente di individuare l'intima essenza di tale accordo, aspetto sul quale la dottrina risulta profondamente divisa al suo interno.

Si cercherà ora di delineare l'eterogeneo panorama delle ricostruzioni dottrinali sul punto, per poi procedere ad un loro esame valutativo al fine di evidenziarne i principali aspetti di criticità.

Una prima interpretazione attribuisce all'accordo sulla forma un'efficacia meramente negativa privando del valore vincolante tutti i negozi stipulati in una forma diversa da quella eletta pattiziamente. Arricchendo la struttura negoziale di elementi ulteriori, i contraenti impediscono il perfezionamento del contratto nel caso in cui non siano rispettati i vincoli formali di natura convenzionale¹³⁸.

Secondo altri autori, il patto sulla forma costituisce una condizione volontaria dalla quale le parti fanno dipendere l'efficacia di un atto. Come ogni elemento accidentale sospensivo, tale accordo posticipa nel tempo il sorgere di diritti e obblighi,

¹³⁶ Il richiamo ossequioso al dogma della libertà delle forme ha posto fortemente in discussione il principio della rilevanza giuridica delle clausole di forma. Se a ciò si aggiunge che storicamente la dottrina non vede di buon occhio atti difformi rispetto allo *ius dispositivum*, si comprende la tendenza a privilegiare l'interpretazione restrittiva di tali atti.

¹³⁷ Così DISTASO, *La forma*, cit., p. 839.

¹³⁸ Così ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1952, p. 37; FEDELE, *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 273.

subordinandoli all'avveramento dell'evento dedotto in condizione, nel caso di specie l'utilizzo della forma prescelta¹³⁹.

Dalla natura privativa, a quella sospensiva, si giunge poi ad attribuire al patto sulla forma un'efficacia positiva, quale fonte diretta di oneri e/o obblighi.

Questo terzo approccio alla tematica si nutre di numerosi apporti non perfettamente collimanti, scomponendosi al suo interno in una moltitudine di ipotesi ricostruttive.

La pluralità di accezioni che ne deriva non priva i tentativi classificatori della loro valenza dogmatica e dell'estrema utilità in sede operativa.

Taluni considerano il patto sulla forma un accordo normativo con il quale i privati, fissando le regole che governano la dinamica contrattuale, si vincolano alla redazione formale di un atto. Non si tratta di un atto di natura negoziale, ma di una mera intesa preparatoria per predisporre il contenuto di singoli negozi giuridici, uno schema contrattuale concordato dai contraenti per la regolamentazione dei loro rapporti futuri. L'obbligo di rispettare le regole convenute *ex ante* rappresenta un vincolo di carattere psicologico, più che giuridico¹⁴⁰: qualora una parte si rifiuti di contrarre secondo il contenuto concordato, la controparte non può invocare l'art. 2932 c.c. in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto.

Per evitare gli inconvenienti legati alla impossibilità di applicare la disposizione poc'anzi richiamata, parte della dottrina si avvale della nozione di contratto preliminare, attribuendo al patto sulla forma la massima forza vincolante e riconoscendogli, in tal modo, il ruolo di garante della serietà del volere. La scelta dei contraenti di elevare pattiziamente una determinata forma a requisito dell'atto non esprime il mero intento di rispettare le regole convenute, come asserito da chi considera il patto sulla forma un contratto normativo. Tale determinazione denota, al contrario, la volontà delle parti di obbligarsi a prestare il proprio consenso, a fronte del legame indissolubile esistente tra forma e contenuto¹⁴¹.

¹³⁹ COVIELLO, *Contratto preliminare*, cit., p. 84.

¹⁴⁰ Così MOSCATO, *La forma del contratto*, cit., p. 377; ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000, p. 72; CARIOTA FERRARA, *La forma dei contratti e i contratti sulla forma*, in *Scritti minori*, Napoli, 1986, p. 383; BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 304; COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni*, Milano, 1943, p. 293; REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1936, p. 16; TEDESCHI, *Studi per Ascoli*, Messina, 1931, p. 199. E' questa, del resto, la nozione di patto sulla forma fatta propria dal legislatore, come si evince dalla lettura della Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni, n. 200.

¹⁴¹ Sul punto GENOVESE, Anteo, *Le forme volontarie*, cit., p. 116, nota 564.

Infine, il patto sulla forma è stato definito un negozio giuridico regolamentare dalla natura programmatica. Quale *species* del contratto normativo¹⁴², l'accordo sulla forma è dotato di un'attitudine configurativa che esclude la significanza di contegni espressivi differenti dai quelli previsti pattiziamente¹⁴³.

Questa ricostruzione merita di essere approfondita al fine di precisare in che modo si differenzia dalle precedenti.

Attraverso la clausola di forma le parti rendono più complesso l'iter che conduce alla futura conclusione del contratto, stabilendo che le manifestazioni di volontà necessarie per dar vita all'accordo devono rivestire una determinata forma. Da questo punto di vista, le forme *ex voluntate* rappresentano una chiara esplicitazione del principio di autonomia negoziale poiché, aggravando il procedimento formativo dell'accordo, i contraenti pongono in essere una regola sui modi di strutturazione dell'operazione negoziale.

Del resto, che le forme volontarie integrino in primo luogo un problema di modalità procedurali dell'accordo, più che una questione relativa agli elementi essenziali del contratto, era stato intuito anteriormente all'emanazione dell'attuale Codice civile, epoca in cui si era percepito il legame tra i patti sulla forma e il raggiungimento dell'accordo.

Tuttavia, il tenore letterale e l'erronea ubicazione dell'art. 1352 c.c. hanno suggerito di aderire alla tradizionale lettura del fenomeno formalistico, distante dal ritenere che il patto sulla forma possa inibire il perfezionamento del contratto.

Nata con l'intento di risolvere la disputa sull'ammissibilità e gli effetti delle prescrizioni formali, la disposizione ha avuto in realtà un ruolo fuorviante, inducendo gli interpreti a modellare le forme convenzionali sulla falsariga di quelle legali.

¹⁴² Per un'analisi del rapporto tra negozio giuridico configurativo e contratto normativo, A. ORESTANO, *Intese prenegoziali a struttura "normativa" e profili di responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 70. Secondo l'Autore il contratto normativo non può essere ricondotto nel novero delle intese sul procedimento di formazione del contratto ma si colloca all'interno degli accordi sul contenuto. Dunque il contratto configurativo costituisce una regola sul come contrarre, non sul cosa contrarre. Così D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 30. Altra dottrina ha obiettato che, qualora si accolga l'accezione più ampia del contratto normativo, esso ricomprende anche i patti sul procedimento. Sul punto ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 85 ss.

¹⁴³ Così DI GIOVANNI, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, in *Trattato del contratto*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, II, Torino, 1999, pp. 885-892; FAVALE, *Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di Studi in onore di Alberto Burdese*, diretto da GAROFALO, Padova, 2003, I, p. 1. In realtà si era già espresso in questi termini C. SCOGNAMIGLIO, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e tutela del "contraente debole"*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, p. 456.

Dopo l'entrata in vigore del Codice del 1942, parte della dottrina ha tentato di fornire una spiegazione dogmatica delle clausole di forma più precisa e capace di esaltarne la natura configurativa¹⁴⁴.

Le prescrizioni di forma volute dalle parti sono state concepite come mezzi per individuare il "come" della formazione di futuri accordi, dei patti con i quali adattare il procedimento di perfezionamento del contratto agli interessi perseguiti nel caso concreto.

Nell'ottica procedimentale la forma non è, in attuazione del principio di libertà formale, un requisito aggiuntivo dell'accordo; al contrario, essa si comunica al procedimento che conduce al perfezionamento del contratto. Ne deriva un rapporto di complementarità tra i requisiti di forma e le modalità di conclusione dell'accordo stesso¹⁴⁵.

Mediante la pattuizione sulla forma, le parti esprimono una riserva sulla vincolatività delle intese intercorse tra loro.

Nel confronto tra le esigenze di certezza e ponderazione dei traffici giuridici da un lato e la necessità di una contrattazione snella e aformale dall'altro, i contraenti ritengono preminenti le prime. Decidono, pertanto, di aggravare il procedimento di formazione del contratto rivalutando l'interesse che aveva indotto il legislatore a non ritenere necessaria l'imposizione di un vincolo di forma¹⁴⁶.

I patti sulla forma, dunque, stabiliscono una condizione di rilevanza procedimentale degli atti che conducono alla conclusione del contratto.

In tal modo, il principio della sufficienza dell'accordo viene derogato da una regola formativa di origine pattizia al cui rispetto si subordina la nascita del vincolo obbligatorio.

Quest'ultima ricostruzione si differenzia nettamente dalle precedenti poiché si basa sul recupero della funzione procedimentale del patto sulla forma, in stretta connessione con il principio della formazione progressiva dell'accordo contrattuale.

¹⁴⁴ Sul punto MINNITI, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadr.*, 1993, p. 442; A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2005, p. 363 ss., G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 2009, p. 36.

¹⁴⁵ Una simile distinzione non avrebbe alcun fondamento se si considera che il contratto perfezionato non può essere contrapposto alle dichiarazioni che ne hanno preceduto la formazione. Così IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 308.

¹⁴⁶ «Il procedimento aggravato, che è risultato dell'accordo concluso dai soggetti interessati, è quindi l'effetto di un atto di autonomia privata che – a smentita ulteriore delle letture restrittive dell'art. 1352 c.c. – si incunea così nel territorio della formazione del contratto (per giungere, attraverso questo, nel *sancta sanctorum* degli elementi essenziali del contratto)»: così A. M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 340. Sul punto cfr. anche PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 116.

Si è già avuto modo di sottolineare che la forma convenzionale non limita l'autonomia negoziale. La ricostruzione dei patti sulla forma quali accordi di natura procedimentale costituisce un'ulteriore conferma in tal senso.

Stabilire un percorso formativo aggravato dalla presenza di vincoli di forma non significa sottrarre all'ordinamento competenze a lui riservate non essendo la formazione del contratto un terreno di esclusiva pertinenza del legislatore¹⁴⁷.

Nell'esercizio del potere di autonomia privata, i paciscenti possono mutuare schemi formali legali per privare le loro dichiarazioni del valore concludente di cui sarebbero provviste *ex lege* qualora non fosse intervenuta tra di loro alcuna intesa in tal senso.

In tal modo, il procedimento di conclusione del futuro contratto viene indirettamente esposto ad una serie di deroghe di origine pattizia poiché gli accordi tra privati non possono considerarsi definitivi in assenza della forma prescelta.

La facoltà di riarticolare il percorso che conduce al perfezionamento del contratto e di modificarne la fisionomia è un atto di autonomia negoziale che dimostra la flessibilità dei modi di formazione dell'accordo.

Non vi è unanimità, tuttavia, sulla natura negoziale dell'accordo sulle forme autoimposte.

Considerata sotto l'aspetto della funzione costitutiva da essa espletata – esprimere una riserva sulla definitività del consenso prestato – la clausola di forma non rappresenta un regolamento di interessi dalla portata dispositiva; essa non costituisce, modifica o estingue un rapporto giuridico patrimoniale.

E' opportuno chiedersi, a questo punto, quali spazi residuano per affermarne la natura negoziale.

Se le parti attribuiscono alla forma il ruolo di indicatore della volontà di obbligarsi, non si può sostenere che la forma sia stata voluta in vista della realizzazione di specifici interessi.

Se, al contrario, l'imposizione di un vincolo formale trova la sua *ratio* nell'attuazione di finalità d'ordine probatorio, il patto sulla forma può essere considerato un negozio giuridico sulla prova con cui i contraenti disciplinano le modalità di assolvimento dell'onere della prova ed escludono il ricorso alla prova testimoniale.

Descritte in questi termini, le pattuizioni sulla forma esprimono una duplice volontà giuridicamente rilevante¹⁴⁸.

¹⁴⁷ L'imposizione di un requisito di forma di origine pattizia, dunque, comporta l'aggravamento dell'iter che conduce alla conclusione del contratto.

In quest'ottica, dunque, l'accordo sulla forma integra gli estremi di un negozio giuridico nella misura in cui i contraenti lo abbiano considerato un patto di documentazione mediante il quale soddisfare esigenze di carattere probatorio.

Al di là della disputa sul valore negoziale o meno della clausola di forma, si ritiene che l'orientamento in esame rispecchi maggiormente l'essenza della intese attraverso le quali i privati introducono vincoli formali.

L'esame delle principali obiezioni mosse dai detrattori delle precedenti ricostruzioni dottrinali confermerà la bontà di questo approccio.

In riferimento all'efficacia privativa del patto sulla forma, non si può non constatare l'inutilità del vincolo negativo: le parti potrebbero pervenire al medesimo risultato mediante una dichiarazione con cui si impegnano a ritenere vincolanti solo determinati atti formali¹⁴⁹.

Anche la ricostruzione del patto sulla forma quale condizione sospensiva volontaria non sembra persuadere su alcuni aspetti di non scarsa rilevanza.

Innanzitutto, l'art. 1352 c.c. fa riferimento alla nozione di validità e non di efficacia del contratto, il che mal si concilia con il richiamo all'istituto della condizione.

Inoltre, al di là del dato letterale, poco significativo considerando che il fenomeno dei patti sulla forma deborda dai confini codicistici, emerge una profonda differenza tra condizione e accordo sulla forma. Mentre la prima postula l'esistenza di un atto, di cui vengono solamente posticipati nel tempo gli effetti, il secondo ne impedisce la formazione¹⁵⁰.

E ancora: si dubita della validità di una clausola condizionale il cui avveramento dipenda dalla mera volontà delle parti. A tal proposito, pare doveroso il rinvio all'art. 1355 c.c. sulla natura meramente potestativa di una simile condizione.

Passando alla figura del contratto normativo, di norma esso si riferisce ad una serie indeterminata di rapporti giuridici. Ne consegue che la caducazione del negozio aformale non impedisce la sua sopravvivenza. Non è questa la sorte del patto sulla

¹⁴⁸ Così VERDICCHIO, *Le forme volontarie*, cit., p. 399. Secondo l'Autore la tradizionale contrapposizione tra forma per la validità e forma per la prova non consente di comprendere nella sua essenza il fenomeno del formalismo volontario. In relazione all'art. 1352 c. c., i contraenti possono subordinare l'esistenza del contratto al requisito formale, ma possono anche ritenere la forma obbligatoria nel senso di attribuire a quest'ultima il valore di "patto di documentazione".

¹⁴⁹ Sul punto C. MAIORCA, *Vicende giuridiche*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 708. L'Autore sottolinea la natura accessoria del vincolo negativo rispetto agli obblighi positivi. Quando le parti si impegnano ad un *facere*, il suo adempimento presuppone, per esclusione, anche l'obbligo di non fare nulla di diverso da quanto previsto.

¹⁵⁰ Per un approfondimento sul punto, CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, p. 218.

forma, avente ad oggetto uno o più atti individuati ai quali risulta inscindibilmente connesso¹⁵¹.

Anche chi, mosso dal lodevole intento di attribuire maggiore efficacia al patto sulla forma, lo ha inquadrato nella categoria del contratto preliminare dichiarandone la natura obbligatoria non è immune da critiche.

Una clausola di forma può essere inserita all'interno di un contratto preliminare e stabilire la forma del contratto definitivo. Tuttavia, la parti potrebbero aver concluso un accordo sulla forma di futuri negozi, senza averne predeterminato il contenuto e non esprimendo alcuna volontà di obbligarsi a contrarre. In tale eventualità, verrebbero a mancare i presupposti tipici della contrattazione preliminare.

Infine, un'ultima considerazione suggerisce di non accogliere la tesi in esame.

L'accordo sulla forma non è suscettibile di esecuzione in forma specifica, al fine di garantire il totale rispetto delle determinazioni private.

Volendo aderire a questo orientamento, dunque, l'accordo sulla forma costituirebbe un contratto preliminare *sui generis* perché, pur obbligando le parti ad addivenire alla conclusione di un futuro negozio giuridico solo dotandolo di una specifica veste formale, la stipulazione di un atto amorfo non legittimerebbe l'autorità giudiziaria a sostituirsi ai contraenti nell'esercizio del potere che le viene riconosciuto dall'art. 2932 c.c.

Emerge, quale logico corollario di una simile limitazione, una diversa identità ontologica oltre che funzionale della pattuizione sulla forma che non pare, per tali motivi, seriamente riconducibile al fenomeno della contrattazione preliminare¹⁵².

Cercando ora di operare una sintesi in merito alla qualifica giuridica dei patti sulla forma, la ricerca condotta consente di pervenire ad una duplice conclusione.

E' inconfutabile che l'esperienza degli accordi sulla forma sia ben più ricca e variegata rispetto a quanto si possa desumere dalla lettura dell'art. 1352 c.c.

Tali patti si applicano anche ad atti unilaterali relativi a un rapporto contrattuale già in atto; possono assumere inoltre la fisionomia di contratti disciplinanti singole clausole ed imporre altresì l'utilizzo di una forma diversa dalla semplice scrittura.

¹⁵¹ «Sono quindi le clausole costanti per un determinato genere di affari quelle che formano normalmente il contenuto del contratto normativo. Quest'ultimo regola una situazione suscettibile di ripetizione»: così GENOVESE, Anteo, *Le forme volontarie*, cit., p. 114. Per una critica alla nozione di patto sulla forma come accordo normativo si veda anche GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1968, p. 34 ss.

¹⁵² La forma volontaria, infatti, non è voluta dalle parti per provocare l'immediata assunzione di un vincolo obbligatorio, come accade a seguito della stipulazione di un contratto preliminare, limitandosi a favorire la maturazione della volontà negoziale. Sul punto GENOVESE, Anteo, *op. ult. cit.*, p. 116.

Questa generica premessa consente di inquadrare in maniera più nitida il fenomeno delle pattuizioni sulla forma: esclusa la loro mera rilevanza negativa, non sembrano dotate di fondamento nemmeno le teorie facenti leva rispettivamente sulle nozioni di condizione sospensiva, contratto normativo e contratto preliminare.

Maggiormente condivisibile la ricostruzione delle clausole di forma quali negozi giuridici conformativi: statuendo che le loro convenzioni o dichiarazioni future saranno rilevanti solo se assistite da una forma particolare, le parti introducono modalità alternative di regolamentazione dell'iter che conduce all'adozione di un atto negoziale.

La funzione dei patti sulla forma, dunque, consiste nell'individuare in maniera certa le tipologie di conegni ai quali sia astrattamente attribuibile un valore negoziale in quanto rispettosi della volontà privata.

Chiarita la questione relativa alla qualificazione delle clausole di forma, ci si addenterà ora nel terreno della loro rilevanza giuridica, per capire se esse abbiano natura obbligatoria o meramente interpretativa.

L'esame di questo aspetto confermerà, ancora una volta, la validità dell'interpretazione basata sulla natura procedimentale della pattuizione sulla forma.

E' indubitabile che il negozio giuridico sia un fatto essenzialmente sociale e, come tale, debba proiettarsi verso l'esterno.

Tradizionalmente la dottrina si interroga sulla possibilità per i privati di stabilire requisiti formali arrogandosi un ruolo che di norma compete al legislatore.

Ci si chiede, pertanto, se l'esigenza di riconoscibilità oggettiva dell'interno volere, unitamente al potere esercitato dai contraenti in attuazione del principio dell'autonomia negoziale, siano tali da giustificare l'imposizione di un requisito formale di natura pattizia.

Al fine di rispondere affermativamente al quesito in esame si è ipotizzata l'esistenza di un fenomeno di decentramento legislativo: attraverso una previa delega nei confronti dei privati il legislatore attribuirebbe a questi ultimi, in via eccezionale, il potere di stabilire i requisiti della struttura dell'atto, potere di cui gli accordi sulla forma costituirebbero la massima espressione.

In quest'ottica, la pattuizione sulla forma non sarebbe altro che un accordo sulla struttura della fattispecie con cui le parti determinano le modalità del significare¹⁵³.

¹⁵³ Così IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1989, p. 456 ss.; ID., *La nullità come sanzione civile*, cit., p. 549.

Un simile potere non avrebbe in sé alcuna potenzialità sovversiva, non consentendo all'autonomia privata di semplificare la struttura della fattispecie, ma solo di renderla più complessa mediante forme di elezione pattizia.

L'esercizio del potere di conformazione della fattispecie garantirebbe il soddisfacimento dell'esigenza privata di svincolarsi dal portato legislativo, trasformando fattispecie deboli (perché sprovviste del requisito formale ai fini della loro validità), in fattispecie forti¹⁵⁴.

Legittimare i privati ad introdurre un requisito di forma sulla base di una previa delega legislativa, equiparando la loro azione a quella esercitata dal legislatore, significa implicitamente attribuire alla forma convenzionale il valore di requisito di validità dell'atto¹⁵⁵. Come la legge può stabilire oneri formali in attuazione del combinato disposto degli artt. 1325 n. 4 e 1350 c.c., così i contraenti possono rendere più gravoso il profilo formale del negozio giuridico, elevandolo a requisito strutturale del negozio stesso.

Corollari di una simile impostazione sarebbero la natura eminentemente obbligatoria della pattuizione sulla forma nonché la possibilità di operare un rinvio alla disciplina della forma legale in merito alle conseguenze di una sua violazione¹⁵⁶.

Si ritiene, tuttavia, che il decentramento legislativo non costituisca una spiegazione esaustiva del fenomeno dei patti sulla forma: la ricostruzione è ingegnosa ma non

¹⁵⁴ Per un approfondimento sulla natura forte o debole della fattispecie, ID., *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo negoziale*, cit., p. 79 ss.

¹⁵⁵ «Questa equivalenza, senza dubbio, può stabilirla la legge stessa: la ha stabilita Giustiniano, come la ha riconosciuto il par. 125 del cod. tedesco»: così CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., pp. 218-219.

¹⁵⁶ Non è questa la sede per addentrarsi nella tematica delle conseguenze della violazione del patto sulla forma. Sinteticamente, invalidità, inefficacia, inesistenza sono i tre perni intorno ai quali ruota la discussione dottrinale sul punto. Taluno ha richiamato la nozione di nullità nella sua classica accezione, sul punto NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, p. 239, nota a Cass. 9.2.1980, n. 909. Altri hanno ritenuto si tratti di una forma di nullità *sui generis* che presenta caratteri peculiari. Così GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 994 ss. Sempre nell'ambito dell'invalidità, vi è chi ha preferito rinviare alla disciplina dei negozi giuridici annullabili. In tal senso, PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, cit., p. 208. Altri Autori, emarginato il profilo strutturale della fattispecie, hanno optato per il rinvio alla nozione di inefficacia. In questo senso BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 306 ss. Sul presupposto che l'atto aformale sia un atto del tutto estraneo ai rapporti giuridici *inter partes*, una dottrina minoritaria lo ha reputato inesistente. Così MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 220. Infine, ed è questa la ricostruzione che sembra più accreditata, alcuni Autori hanno preferito utilizzare l'espressione "invalidità convenzionale" per sottolineare la necessità di reagire alla violazione del patto sulla forma in modo diverso rispetto a quanto accade nell'ambito del formalismo legale. Per un approfondimento sul punto, *ex pluribus*, PERLINGERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 147; DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla "documentazione" del futuro negozio*, in *La forma degli atti del diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Roma-Napoli, 1988, p. 91.

condivisibile poiché conduce, a mio avviso in modo inopportuno, ad una definizione categorica ed eccessivamente severa della funzione delle forme autoimposte.

Il recupero della dimensione causale e teleologica consente nuovamente di far luce sul punto.

Non si dubita che i privati possano, in attuazione dell'autonomia di cui dispongono, esercitare un potere conformativo della fattispecie.

Desti perplessità, tuttavia, la considerazione di un simile potere quale espressione di una delega legislativa.

Il patto sulla forma è una semplice manifestazione dell'interno volere, è una volontà che si estrinseca nell'accordo.

Nel fissare un requisito formale le parti non si elevano al rango del legislatore, stabilendo per i loro interessi il trattamento riservato agli interessi della collettività¹⁵⁷.

Questo non significa disconoscere il valore dei patti sulla forma, ma solo sottolinearne la natura procedimentale ed auspicarne un'analisi più attenta alla dimensione funzionale.

Ecco perché risulta di primaria importanza la questione dell'interpretazione dell'accordo: ogni patto sulla forma è dotato di una funzione peculiare e merita di ricevere un'apposita considerazione in sede ermeneutica, distante dai tentativi di classificazione generalizzanti e unidirezionali.

Interrogarsi sugli interessi che hanno indotto le parti a prevedere un vincolo di forma, individuandone la *ratio* concreta, consente di riservare ad ogni patto uno specifico trattamento giuridico in relazione ai diversi effetti perseguiti.

I privati possono vincolarsi al rispetto di un requisito di forma, ma sono del pari liberi di derogare a tale previsione manifestando una posteriore volontà contraria¹⁵⁸.

Nell'incondizionata revocabilità del patto limitativo della libertà formale si coglie il diverso grado di onerosità del formalismo autoimposto rispetto a quello legale.

¹⁵⁷ In passato erano stati espressi forti dubbi sulla possibilità di equiparare forme legali e volontarie. In particolare si è sostenuto che se tali forme «fossero collocate sullo stesso piano si finirebbe per ammettere ciò che, alla luce della moderna concezione dell'autonomia privata, pare inammissibile: cioè che le parti possano ingerirsi nella conformazione del paradigma alla stregua del quale si opera la valutazione o qualificazione giuridica dell'atto»: così GENNARI, *Brevi note sugli effetti del formalismo convenzionale*, cit., p. 446. In realtà, espressa in tali termini, la questione sembra mal posta. Il nodo problematico, infatti, non si identifica nell'impraticabilità di un atto conformativo della fattispecie ad opera dei privati ma nella bontà di un approccio che giustifichi tale atto sulla scorta di un fenomeno di decentramento legislativo e, per tale via, giunga ad attribuire ai privati, seppur eccezionalmente, il medesimo rango riconosciuto al legislatore.

¹⁵⁸ «La forma convenzionale è [...] esercizio del principio di libertà delle forme. Certo è esercizio diretto a limitare quella stessa libertà, ma si tratta di sacrificio autoimposto dalle parti nella estrinsecazione della loro autonomia e che, in ossequio ad essa, può essere in qualsiasi momento rimosso»: così GENNARI, *op. ult. cit.*, p. 450.

L'ontologia della forma volontaria si apprezza a pieno sotto l'ulteriore profilo della libera ed immediata revocabilità della pattuizione sulla forma

Coerenza logica e giuridica, in attuazione del principio dell'autonomia privata, impongono di riconoscere alle parti il potere di fissare gli elementi necessari ai fini del perfezionamento del negozio giuridico.

Il legislatore poi, sempre in ossequio alla libertà negoziale, consente ai contraenti di valutare la vicenda negoziale nella sua dinamica contingente. In tal modo costoro possono svincolarsi dall'obbligo del requisito di forma se le forme ad esso equipollenti, o anche un atto informale, garantiscono in egual misura il soddisfacimento degli interessi tutelati mediante l'imposizione dell'originario vincolo formale.

Il dinamismo e la tensione a muoversi tra due poli opposti – esercizio di un potere regolamentare e rispetto degli impegni assunti – non si traducono nella contrapposizione tra autonomia negoziale e costrizione.

Al contrario, le istanze antitetiche di cui si nutre il formalismo convenzionale trovano nel principio della libertà dei privati la loro massima sintesi compositiva¹⁵⁹.

E' stato acutamente osservato che l'asserita bipolarità dei patti sulla forma è, in realtà, una condizione effimera, una mera apparenza di cui la prospettiva teleologica consente il superamento¹⁶⁰.

Per onestà intellettuale non vanno celate le profonde difficoltà insite in un simile approccio.

L'impossibilità di definire a priori la funzione espletata dai patti sulla forma rende indubbiamente più arduo il compito dell'interprete, tenuto a "sfrondare" il materiale regolamentare dalle finalità che risultino dissonanti rispetto ai principi e ai valori dell'ordine costituzionale.

Alla luce delle considerazioni poc'anzi effettuate, non pare possibile considerare i patti sulla forma un istituto di cui si possano descrivere meccanicamente gli effetti. Questa tendenza, infatti, pare il frutto di un concettualismo dogmatico preconfezionato ed astratto, che non coglie la natura estremamente problematica della questione esaminata.

¹⁵⁹ Il formalismo volontario, dunque, non deroga dell'autonomia privata. Sul punto CAPARRELLI, *Forma volontaria e forma della procura*, in *Giur. it.*, 1975, I, p. 1155; GENTILE, *La regola della forma. e la forma della regola*, in *La forma degli atti di diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 373.

¹⁶⁰ Solo in apparenza il patto sulla forma presenta una natura ambivalente, oscillando tra l'essere una limitazione della libertà contrattuale e la sua più raffinata espressione. In realtà, pur non negando questa bipolarità intrinseca, una simile considerazione delle pattuizioni sulla forma è il frutto di un'illusione prospettica che poco ha a che fare con l'intima essenza dell'istituto. In questo senso ADDIS, *Il paradosso delle forme convenzionali*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 296.

A conclusione di questa prima parte della ricerca, sembra possibile affermare quanto segue.

L'indagine sino ad ora condotta ha permesso di chiarire il significato dei termini "forma", "formalismo" e "clausola".

Attraverso la loro analisi storico – semantica si è cercato di delineare le peculiarità di quelle che possono essere considerate le tre principali categorie gnoseologiche di cui ci si avvarrà nel corso della trattazione.

In una seconda fase, si è voluto delimitare l'ambito di operatività dell'art. 1352 c.c. per poi confrontarlo con il più vasto terreno delle forme volontarie. Si è individuato, in tal modo, l'orizzonte conoscitivo all'interno del quale ascrivere il fenomeno delle forme autoimposte.

L'approccio teleologico, inoltre, ha fatto emergere gli evidenti profili di differenziazione esistenti tra forme convenzionali e legali, permettendo di superare il tradizionale accostamento di due fenomeni erroneamente assimilati.

Individuata la collocazione dogmatica del formalismo volontario rispetto a quello legale, si è cercato di far luce sulla natura giuridica dei patti sulla forma.

Tra le numerose ricostruzioni dottrinali esaminate, si ritiene che l'orientamento basato sulla natura configurativa delle clausole di forma rappresenti al meglio l'identità e la funzione delle stesse.

La realistica considerazione del fenomeno in esame non ha consentito di individuare una risposta certa al quesito concernente la funzione della prescrizione formale pattizia¹⁶¹. Decisivo, a tal proposito, l'esame degli interessi che sottostanno ai vincoli di forma, la cui descrizione presuppone il vaglio di ipotesi applicative dettagliate.

Si ritiene opportuno, pertanto, calare i patti sulla forma nel contesto della realtà pratica per verificarne le implicazioni in sede operativa.

Le considerazioni dall'ampio respiro effettuate sino ad ora sono sembrate una scelta obbligata al fine di dotarsi del bagaglio nozionistico essenziale per affrontare un ambito di studi specifico e scarsamente considerato come quello degli accordi sulla forma nei contratti tra consumatore e professionista.

Pare doveroso anteporre all'esame dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons. un approfondimento dedicato alle condizioni generali di contratto: la lettura e l'analisi del combinato disposto degli artt. 1341, 1342, 1469 bis c.c. consentiranno di interrogarsi

¹⁶¹ Evidenzia le plurime funzioni del requisito formale, strettamente connesse alla *ratio* dell'accordo che lo prevede, cfr. PERLINGIERI, *Note critiche sul rapporto tra forma e autonomia negoziale*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 569.

sulla qualificazione del patto sulla forma nei termini di clausola di esonero dalla responsabilità piuttosto che di clausola delimitativa dell'oggetto.

Inevitabili, inoltre, i rimandi alla questione della vessatorietà delle clausole di forma utilizzate nella negoziazione per *standards*, aspetto al quale si dedicherà attenzione nelle pagine che seguono.

Il secondo capitolo del lavoro di ricerca, pertanto, affronterà la tematica della contrattazione standardizzata¹⁶² e dei rapporti tra clausole unilateralmente predisposte e autonomia contrattuale¹⁶³.

In tal modo, il problema delle forme autoimposte si intreccia con l'annosa questione della tutela del contraente debole all'interno di un mercato connotato da fenomeni di prevaricazione tra agenti economici dotati di differente forza contrattuale e da una logica di insanabile conflittualità¹⁶⁴.

¹⁶² Il contratto standard è stato al centro di un acceso dibattito dottrinale stante l'assenza di una precisa definizione. La nozione infatti comprende al suo interno una congerie eterogenea di figure difficilmente riconducibili ad unità. Sul punto GENOVESE, Andrea, *L'interpretazione del contratto standard*, cit.; CHINE², *Contrattazione standardizzata*, in *Il contratto in generale*, II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, XIII, Torino, 2000, p. 556; ID, *Contratti di massa (Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, App., I, Milano, 1997, p. 442; AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000; TULLIO, *Il contratto per adesione*, Milano, 1997; G. PATTI- S. PATTI *Responsabilità precontrattuali e contratti standard*, in *Commentario al codice civile*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1993, p. 310; S. MAIORCA, *Contratto standard*, in *Noviss. dig., it., App.*, III, Torino, 1980, p. 618; ALPA e BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1977; ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975; MAZZONI, *Contratti standard e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975; NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passatelli*, III, Napoli, 1972, p. 548; DI MAJO, *La c.d. predisposizione unilaterale nei contratti conclusi mediante la adozione di moduli o formulari*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 331.

¹⁶³ Dal punto di vista etimologico, autonomia significa autovincolarsi, impegnarsi dandosi regole di condotta. Autonomia privata e autonomia contrattuale sono fenomeni che si pongono tra loro in rapporto di *genus e species*. Sul punto FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1999, p. 29. L'autonomia privata, dunque, consiste nel potere che l'ordinamento giuridico attribuisce ai soggetti di diritto e che si sostanzia nell'autoregolamentazione dei propri interessi. La presenza dell'aggettivo "contrattuale" fa sì che il senso ascrivito al vocabolo dia origine ad una fenomenologia ben più articolata. Autonomia contrattuale significa essere liberi di contrarre, scegliere la propria controparte, fissare il contenuto di negozi giuridici tipici o creare figure negoziali atipiche (sempre entro il limite della meritevolezza degli interessi perseguiti). Autorevole dottrina ritiene che tra autonomia negoziale e autonomia privata si instauri una relazione di genere a specie. «Con la prima locuzione si designa l'ipotesi nella quale l'autonomia si estrinseca con il compimento di un negozio; con la seconda si indica l'ipotesi nella quale il suddetto potere si esprime con il compimento di quel tipo negoziale più diffuso che è il contratto»: così PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000, p. 330. Per un ulteriore approfondimento sul punto, CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2008.

¹⁶⁴ Da più parti è stata sottolineata la crescente attenzione del legislatore verso la tematica della protezione del contraente debole. Sul punto, MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, p. 872; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 135; AZZARO, *Tutela del consumatore e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 237; ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2001, p. 202; BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 396; ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti*, in *Giur. it.*, 1993, I, I, p. 69. Del resto, parte della dottrina ritiene che il Codice civile contenga già al suo interno numerose norme che esprimono un principio di tutela del contraente debole. Si pensi agli artt. 1341, 1342, 1370, 1494 c.c. Sul

punto, RUFFOLO, *Le clausole vessatorie, abusive, inique e la ricodificazione negli art. 1469 bis-1469 sexies c.c.*, in *Clausole vessatorie e abusive*, diretto da RUFFOLO, Milano, 1997, p. 28; S. PATTI e G. PATTI, *Responsabilità precontrattuali*, in *Commentario al codice civile*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1993, p. 329. Infine, sulla base delle analogie esistenti tra disciplina delle condizioni generali di contratto e normativa sulle clausole vessatorie nei contratti tra consumatore e professionista, vi è chi ritiene che il fondamento delle disposizioni di cui agli artt. 1469 bis ss c.c. si individua nell'avvenuta affermazione di un principio generale di tutela del consumatore. Così SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006, p. 188.

**CAPITOLO II: VESSATORIETA' DELLA CLAUSOLA DI
FORMA INSERITA NEL CONTRATTO TRA
CONSUMATORE E PROFESSIONISTA**

1. Forme volontarie ed effetti: un legame indissolubile

Nella prima parte del lavoro di ricerca si è evidenziata l'impossibilità di descrivere aprioristicamente la funzione espletata dalle clausole di forma, sottolineando l'opportunità di adottare un atteggiamento cauto nel descrivere in maniera univoca la dimensione funzionale dei vincoli di forma autoimposti.

Poiché, infatti, la consistenza dell'elemento formale muta in ragione della funzione che le parti gli assegnano, è necessario procedere ad un esame circostanziato dei patti sulla forma, enucleando attentamente gli interessi ad essi sottesi.

Sono due i corollari di una simile impostazione.

Innanzitutto, se la *ratio* delle forme convenzionali è strettamente correlata agli effetti dell'atto di autonomia privata, essa è per definizione storicamente mutevole e, dunque, non predeterminabile alla luce di rigidi canoni interpretativi.

Questa prima considerazione suggerisce il superamento della visione monistica del formalismo volontario del quale, solo in una prospettiva meramente descrittiva, si può fornire una trattazione unitaria.

In secondo luogo, ed è forse questo l'aspetto maggiormente trascurato dalla civilistica italiana, nella misura in cui accresce la rilevanza della dimensione funzionale, l'opera ermeneutica alla quale è chiamato l'interprete si arricchisce di nuovi contenuti: costui è tenuto ad acquisire contezza del profilo teleologico di qualsiasi clausola che prevede un vincolo formale, anche quando non sia direttamente sussumibile nella categoria degli accordi sulla forma propriamente detti.

Da questo punto di vista, un'indagine che aspiri a fornire una descrizione veritiera delle forme volontarie deve necessariamente ampliare il proprio orizzonte conoscitivo e considerare una serie di clausole contrattuali ben più complessa rispetto al fenomeno delle prescrizioni di forma contemplate dal Codice civile.

Pertanto, passando allo studio delle singole ipotesi applicative, è indispensabile esaminare puntualmente i requisiti di forma in ragione delle funzioni che assolvono e delle conseguenze che da essi discendono.

La considerazione dei requisiti di forma passa necessariamente attraverso una loro "scomposizione" in virtù delle eterogenee esigenze che soddisfano.

Diversificare il profilo formale in funzione della sua efficacia, del resto, equivale a riconoscere l'esistenza di un legame indissolubile tra la forma e gli effetti che le parti perseguono.

Un simile modo di procedere induce ad attribuire all'elemento formale una pregnanza significativa: la forma è al contempo dato strutturale e funzionale e, quale segno rivelatore degli interessi dei contraenti, diviene fattore di costruzione del regolamento negoziale¹⁶⁵.

Se la forma è funzionale all'effetto, risulta indispensabile riflettere sul vincolo – di natura formale nel caso di specie – e sul suo adattamento all'interesse perseguito tramite l'imposizione di quel vincolo¹⁶⁶.

Il compito dell'interprete consiste proprio nell'individuare la ragion d'essere della forma autoimposta dopo aver selezionato gli effetti giuridici voluti dai contraenti.

Si tratta di un'attività estremamente delicata dal momento che il requisito formale può soddisfare molteplici finalità delle quali le parti non sono nemmeno totalmente consapevoli.

Poiché la clausola di forma dà attuazione ad interessi socialmente ed economicamente rilevanti, dando loro veste giuridica, è opportuno considerarli scrupolosamente e porsi in un'ottica teleologica al fine di verificare le implicazioni delle forme pattizie in sede operativa.

Pertanto, la risposta al quesito relativo al fondamento giustificativo dei patti sulla forma lungi dal potersi esaurire in formule univoche, a meno di volersi limitare ad astratte declamazioni avulse dai moduli operativi nei quali si manifesta concretamente il formalismo volontario.

Non si nega l'esistenza di alcune affinità tra i patti sulla forma¹⁶⁷.

Con specifico riferimento alle tecniche di negoziazione standardizzata, la previsione di una regola di forma consente, innanzitutto, di preservare l'uniformità del regolamento negoziale riducendo il rischio di una sua successiva individualizzazione.

In secondo luogo, essa evidenzia la natura unilaterale dell'interesse al quale è asservita.

¹⁶⁵ Sulla tendenza a caratterizzare la forma in senso conformativo rispetto al contenuto del regolamento negoziale, cfr. MINNITI, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadr.*, 1993, p. 442; A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 363 ss., G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 36.

¹⁶⁶ Sulla concordanza dell'effetto al fatto cfr. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. Dogmatica giuridica, Milano, 1997, p. 62; RUPERTO, *Efficacia giuridica. Appunti per una lezione di diritto privato*, in *Jus*, 2007, p. 389.

¹⁶⁷ In questa prospettiva si collocano le parole di un'autorevole dottrina secondo la quale «la ragion d'essere – e, quindi, la funzione pratica – del patto sulla forma va cercata nell'esigenza di certezza che la forma solenne è sempre idonea ad assicurare ai contraenti: nel caso in esame c'è di specifico che sono gli stessi contraenti a stabilire la solennità di forma sebbene l'ordinamento giuridico non la imponga. Comunque ne risulta un aggravamento di formalismo e un'implicita attenuazione della libertà contrattuale»: così MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., p. 151.

Al di là di questi tratti caratterizzanti, si vuole sottolineare la bontà di un approccio teleologico al tema che, rivelata la reale portata applicativa della regola di forma, consenta di estendere le riflessioni in materia di prescrizioni di forma ad altre tipologie di clausole che ne condividono, totalmente o parzialmente, la dimensione effettuale.

La forma si erige a filtro degli interessi ai fini della operatività degli effetti voluti dai contraenti: la sua tendenza alla polifunzionalità, pertanto, discende dalle molteplici finalità che le parti perseguono tramite l'imposizione di un vincolo di origine pattizia.

Se le clausole di forma non sono suscettibili di una valutazione unitaria e generale ma devono essere calate all'interno di una dimensione causale, ne consegue un necessario ripensamento dei rapporti tra forma e causa.

Sulla spinta del legislatore comunitario, si assiste ad una progressiva dilatazione della nozione e delle funzioni dei requisiti di forma alla quale corrisponde un graduale restringimento del rilievo concettuale della causa nel suo tradizionale ruolo di catalizzatore degli interessi perseguiti dalla parti.

Non è questa la sede per affrontare un'indagine così delicata che presuppone lo sviluppo di argomentazioni eccedenti l'economia del presente lavoro¹⁶⁸.

Tuttavia, non si può non notare che, come accade storicamente per la causa, anche la forma deve essere oggetto della valutazione complessiva degli interessi che trovano attuazione nell'atto di autonomia privata.

In altre parole, non sembra più possibile confinare all'esame del solo requisito causale l'indagine sulle ragioni dell'autonomia privata nel suo concreto esplicarsi.

Ne consegue che la visione sistematica delle clausole di forma presuppone necessariamente un'attenta sensibilità verso gli scopi perseguiti dalle parti.

Un'ultima considerazione prima di addentrarsi nel cuore della ricerca.

Il modo di atteggiarsi delle forme volontarie muta al variare del contesto di riferimento.

Se è vero che «il vincolo di forma che interseca il contenuto limita l'autonomia

¹⁶⁸ Sulla causa, senza alcuna pretesa di completezza, cfr. RESCIGNO, *Postfazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*. Atti del Congresso Internazionale tenutosi presso il Dipartimento di Studi Giuridici-Centro di Eccellenza in Diritto Europeo dal 31.5.2001 al 1.6.2001, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 711; NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 5; MARINI, *La causa del contratto*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di CENDON, *I contratti in generale*, vol. VI, Torino, 2000, p. 1; CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 229; DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 256; FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. del 1865 al cod. civ. del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, p. 127; NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 1379; BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale, ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, p. 1327.

contrattuale»¹⁶⁹, è evidente che una clausola di forma inserita in un contratto standard come condizione generale pone delicati problemi in relazione al suo possibile utilizzo a danno del contraente debole.

Lo studio delle forme autoimposte, pertanto, deve essere calato all'interno della logica consumeristica e non può prescindere dalle finalità di tutela perseguite attraverso la novella al Codice civile e, in seguito, con l'emanazione del Codice del consumo

Lo spirito protezionistico che informa la disciplina dei consumi, infatti, rende ancora più attuali le riflessioni in merito alla opportunità di un approccio funzionalistico al tema.

Si è già osservato, come i contratti del consumatore includono al loro interno numerose clausole – tipico il caso delle *merger clauses* – che, pur non presentando in apparenza i connotati degli accordi sulla forma, si risolvono nell'elezione di un requisito di forma formale finalizzata al perseguimento di obiettivi differenti.

Si tratta di una prassi estremamente attuale della quale la presente indagine non può non dare conto al fine di individuare gli effettivi spazi di operatività dell'autonomia negoziale che si esplica nell'imposizione di un vincolo formale.

In quest'ottica, il dibattito sulle condizioni generali di contratto rappresenta l'antecedente logico – culturale della sensibilità consumeristica in tema di clausole vessatorie sviluppatasi a livello comunitario per poi diffondersi all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.

La materia consumeristica¹⁷⁰ impone inevitabilmente una serie di considerazioni di politica del diritto strettamente connesse all'analisi del mercato, delle attività di produzione e distribuzione e della concorrenza¹⁷¹.

¹⁶⁹ Così FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, p. 126.

¹⁷⁰ Sui contratti del consumatore e le finalità di tutela alla base della disciplina consumeristica si segnalano, all'interno di una bibliografia alluvionale ed in termini meramente generali: CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, XXXIV, Padova, 2005, p. 249; HESSELINK, *European Contract Law: a Matter of Consumer Protection, or Justice*,; *Centre for the Study of European Contract Law*, Working Paper n. 4/2006, in <http://ssrn.com/abstract=946727>; WEATHERILL, *EC Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2005, p. 23; ALPA e CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, App., XV, Torino, 1997, p. 541; CHINÈ, *Il consumatore*, in AA.Vv., *Diritto privato europeo*, a cura di LIPARI, Padova, 1997, p. 164.

¹⁷¹ Lo studio della contrattazione standardizzata suscita inevitabilmente riflessioni di natura meta giuridica legate alle scelte concernenti la regolazione del conflitto di interessi tra gli operatori economici presenti sul mercato. L'esame delle condizioni generali, rapportate al tema della tutela del consumatore, presuppone un imprescindibile rimando al significato dell'autonomia negoziale. Un corretto approccio allo studio della contrattazione standardizzata, dunque, non consente di assumere un atteggiamento neutrale ed indifferente in relazione alla nozione di autonomia contrattuale e dei suoi limiti. Mentre negli anni '60 e '70 queste tematiche costituivano un cimento privilegiato dagli scrittori per collaudare

In questa prospettiva, emerge il problema della compatibilità tra le moderne istanze economiche, che suggeriscono l'utilizzo di contratti unilateralmente predisposti, e i limiti all'autonomia contrattuale¹⁷².

Se è vero che i contratti di massa trovano legittimazione nel principio dell'autonomia privata, i cui prodotti sono tendenzialmente intangibili, è del pari innegabile che in

l'efficacia di riflessioni dai contenuti fortemente politicizzati, la dottrina odierna mostra di avere molta più dimestichezza e familiarità verso questioni ormai ampiamente dibattute.

¹⁷² Sul significato dell'autonomia contrattuale sia consentito un rinvio al paragrafo successivo. In tale sede, preme rilevare come, in un contesto economico nel quale i contraenti deboli subiscono l'egemonia imprenditoriale, si è assistito ad un intervento massiccio dello Stato in economia: non più il "guardiano notturno" rispettoso del principio del *laissez faire* ma colui che esercita un potere incisivo per eliminare le disuguaglianze tra i cittadini. Sul rapporto tra autonomia privata e iniziativa economica cfr. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, cit., p. 199.

La questione è di estrema importanza, se si considera che nel nostro ordinamento, a differenza di quanto accade in molti Paesi europei, non esiste un'effettiva garanzia costituzionale della libertà contrattuale.

Per un'analisi delle conseguenze di questo omesso riconoscimento a livello costituzionale, confrontando in particolar modo l'esperienza nazionale con quella tedesca cfr. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 202. E' stato giustamente osservato che la presenza nella nostra Carta Costituzionale di alcune disposizioni che giustificano il riconoscimento di un rilievo costituzionale dell'autonomia privata è cosa ben diversa dall'affermare l'esistenza di un'effettiva garanzia costituzionale di quest'ultima. Sul punto cfr. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova, 1953, p. 79. Altri, tuttavia, sottolineano l'esistenza di un principio più generico di libertà morale. Sul punto cfr. NANIA, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, p. 11. Nel tentativo di ancorare a parametri costituzionali l'individuazione dei confini di operatività del principio di autonomia contrattuale, si è auspicata la diretta efficacia nei rapporti interprivati dell'art. 41, 2° co. della Costituzione. Si è sostenuto, che, poiché attraverso gli atti di autonomia privata a contenuto patrimoniale si dà attuazione all'iniziativa economica, i limiti che la Costituzione pone nei confronti di quest'ultima si ripercuotono inevitabilmente anche sull'autonomia contrattuale che, per tale via, assume rilevanza costituzionale. Tuttavia, sulla base del nesso tra art. 1322 c.c. e art. 41 Costituzione, l'autonomia contrattuale finirebbe per diventare esclusivamente una prerogativa degli operatori economici. Pertanto, al fine di evitare un'eccessiva riduzione del suo ambito applicativo, il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale deve essere individuato alla luce degli interessi concretamente regolati. Per tale motivo, si può dire che l'autonomia contrattuale gode di una tutela costituzionale indiretta, mediante il rinvio ai diritti fondamentali di cui all'art. 2 Costituzione. Un simile vuoto normativo si collega proprio alla «tradizionale scarsa propensione del legislatore italiano a contenere, in linea di principio, l'intervento pubblico nell'economia nell'ambito delle funzioni di controllo e di regolazione del mercato»: così MENGONI, *Autonomia privata e costituzione, in Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1. Per un approfondimento sul rapporto tra principi costituzionali e autonomia privata cfr. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, p. 193; LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale: profili preliminari*, Milano, 1971, p. 89; PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 341; PACE, *Costituzione europea e autonomia contrattuale. Indicazioni ed appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 1; RESCIGNO, *Introduzione, in Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, p. 7; GRISI, *L'autonomia privata, Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 181; PACE, *Libertà del mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 327; GUARINO, *Quale Costituzione*, Milano, 1986, p. 102; BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 235. Per onestà intellettuale, è doveroso sottolineare che una dottrina minoritaria ritiene che il nesso tra contratto e Costituzione sia una mera creazione dottrinale poiché, mentre la Carta Costituzionale presuppone un patto tra cittadini e istituzioni, la materia contrattuale dipende dal mercato e non si presta ad alcuna forma di «eticizzazione». Sul punto cfr. ID., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, diretto da MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 305. Questa ricostruzione viene pesantemente criticata da quanti ritengono che Codice e Costituzione siano parti di un eguale progetto nonché portatori di medesimi valori da realizzarsi a livello politico e sociale. In questo senso cfr. RODOTA', *Un codice per l'Europa? Diritti nazionale, diritto europeo, diritti globali*, in *Codici, Una riflessione di fine millennio*, a cura di CAPPELLINI e SORDI, Milano, 2002, p. 541; CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998, p. 52.

materia consumeristica si assiste ad «un generale restringimento dei confini dell'autonomia privata».

E' necessario verificare, dunque, «se la contrattazione di massa rompa con l'idea stessa di autonomia privata¹⁷³ e con la sua disciplina o se, invece, si tratta di un diverso atteggiarsi della medesima figura»¹⁷⁴.

Il quesito orienta il corso della ricerca verso un approfondimento sul significato ed i limiti dell'autonomia negoziale, al fine di chiarire se la clausola di forma non negoziata individualmente rientra tra le espressioni più significative dell'autonomia contrattuale o se, al contrario, la renda più vulnerabile.

2. Contratti standard, condizioni generali di contratto e clausole di forma

L'odierna realtà economico – produttiva suggerisce di disciplinare in modo uniforme lo svolgimento di un numero indefinito di rapporti contrattuali¹⁷⁵.

¹⁷³ Così D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, VI, p. 625.

¹⁷⁴ Così G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 19.

¹⁷⁵ L'industrializzazione e la distribuzione di massa costituiscono un importante fattore di impulso per la diffusione dei contratti standard. Emerge, pertanto, un legame indissolubile tra produzione di massa e contrattazione seriale. Sulla tendenza del mercato ad eliminare il momento della trattativa individuale cfr. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2010, p. 453; PERLINGIERI, Il "diritto privato europeo" tra riduzionismo economico e dignità della persona, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 345; GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela del consumatore. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 479; SCHLESINGER, *Mercati, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 326; COSTANZA, *La standardizzazione del contratto: attualità e prospettive future*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 549. Il mercato, dunque, reclama l'univocità dei rapporti contrattuali. Non per questo, però, regolazione del mercato e tutela del contraente debole costituiscono obiettivi inconciliabili. Sul punto cfr. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 848; OPPO, *Categorie concettuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 49; SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 76. Dall'altro lato, vi è chi ritiene che «la funzione regolamentare degli effetti che l'esercizio del potere negoziale induce nel corpo sociale non ha di mira la tutela di singoli contraenti, ma di strati e categorie di operatori economici»: così MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, p. 13. Sulla valorizzazione del contesto socio-economico di riferimento e sui rapporti tra mercato e autonomia contrattuale si è espressa un'autorevole dottrina secondo la quale: «il mercato non è eteronomo rispetto al contratto; di questo è l'habitat, del quale l'equilibrio raggiunto dalle parti nel singolo contratto è l'espressione naturale quando il mercato sia concorrenziale. Esso è piuttosto presupposto e conseguenza dell'autonomia privata che si esercita con i contratti»: così CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 417. Per una panoramica sulla nozione di mercato cfr. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 755; CIRAIOLO, *Persona e ordine economico nel diritto interno e comunitario*, in *Contr. impr. Europa*, 2009, p. 708; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 483; p. 514; PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 86.

Per far fronte alle esigenze pratiche delle economie di mercato occidentali, i moderni sistemi di diritto privato fanno leva sull'utilizzo di schemi contrattuali rigidi ed uniformi, che divengono un importante fattore di razionalizzazione dell'agire economico assicurando l'attuazione omogenea delle politiche commerciali d'impresa.

I contratti standard, pertanto, sono divenuti la categoria prevalente in un ambiente economico connotato dalla produzione e la distribuzione seriale in cui residua poco spazio per la contrattazione individuale¹⁷⁶.

Poiché la contrattazione per *standards* costituisce il modello contrattuale tipico dell'economia globalizzata, è opportuno descriverne sinteticamente pregi e difetti¹⁷⁷.

¹⁷⁶ I contratti standard rappresentano una nuova tipologia di contrattazione nella quale trova espressione la naturale tendenza dell'economia ad uniformare i suoi strumenti d'azione, aumentando l'efficacia della produzione e della distribuzione. Essi garantiscono la razionalizzazione e la specializzazione dei rapporti commerciali. Secondo un'autorevole dottrina sono quattro i fattori strutturali che spiegano l'espandersi delle tecniche di negoziazione standardizzata. Innanzitutto l'avvento della produzione di beni e servizi in grandi serie. Vi sono, poi, i fenomeni della prevalenza economica del predisponente e l'avvento del mercato moderno, connotato dalla settorializzazione professionale e dalla presenza di operazioni economiche sempre più complesse. Infine, non si può trascurare l'esistenza di contratti che presuppongono una disciplina uniforme, pena l'impossibilità di smerciare determinati prodotti o offrire alcune tipologie di servizi. Per un approfondimento sul punto cfr. GENOVESE, Anteo, *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, 1986, VIII, p. 806. E' innegabile che il contratto standard abbia determinato l'allontanamento dal modello tradizionale di contratto – inteso quale luogo della collaborazione – sino a giungere all'affermazione di una nuova visione del contratto, «frutto di un *bargain* fra parti antagoniste, quale tregua provvisoria su punti specifici dei loro rapporti contrattuali». Mentre la concezione tradizionale di contratto postula la partecipazione e l'influenza reciproca delle parti nell'elaborazione del contenuto, questo nuovo modo di intendere il contratto esclude che la mancanza dell'elemento cooperativo sia un indizio del carattere non negoziale del contratto standard. Al contrario, essa consente di recuperare la natura antagonista tipica del contratto, che presuppone inevitabilmente una dinamica conflittuale tra le parti e una contrapposizione di interessi antitetici, avviando al contempo alla lentezza che contraddistingue la contrattazione individualistica. Sul punto cfr. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 2. Per un approfondimento in termini più generici sui contratti standard cfr. GENOVESE, Andrea, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008; CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto* diretto da ROPPO, II, *Regolamento*, a cura di VETTORI, Milano, 2006, p. 261; AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000; TULLIO, *Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997; ALPA, *Contratti di massa*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 403; G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1993, p. 310; ALPA e BESSONE, *Tecnica e controllo dei contratti standard*, Rimini, 1983; MAIORCA, *Contratto standard*, in *Noviss. dig. it.*, App. III, Torino, 1980, p. 618; ROPPO, *Contratti standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975; SLAWSON, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, in *Harv. L. Rev.*, 1971, p. 530; SCIALOJA, *Il c.d. contratto per adesione e gli artt. 1341 e 1342 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1949, IV, p. 39.

¹⁷⁷ Per una miglior comprensione dei contratti standard, può risultare utile un breve cenno al dibattito sulla loro natura giuridica: poiché le circostanze nelle quali si perfezionano impediscono qualsiasi discussione tra le parti, è emerso il problema della permanenza del requisito dell'accordo tra gli elementi essenziali della struttura di questi contratti. Autorevole dottrina, sul presupposto che tali contratti prescindono da una previa negoziazione tra i contraenti e si concludono a seguito della materiale apprensione del bene da parte dell'acquirente e del relativo versamento del prezzo nei confronti dell'alienante, ne esclude la natura contrattuale, facendoli rientrare all'interno della categoria degli "scambi senza accordo". Questo primo orientamento, basato su una concezione dell'accordo come consonanza di dialogo, conduce inevitabilmente ad una oggettivizzazione degli scambi e alla dissoluzione del contratto. L'unico linguaggio rilevante in sede contrattuale si identifica con il dialogo *inter partes*; la sua mancanza, dunque, diviene sinonimo di assenza di contrattazione. La tesi dell'accordo quale esito

necessario del dialogo e delle trattative è stata sostenuta da IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, p. 70; ID., *I cinquant'anni del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 227; ID., *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Bari, 2001, p. 101; ID., *Lo scambio dei foulards*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601; ID., *S-confinatezza*, in *Studi G. Marinucci*, Milano, 2006, p. 2925. Secondo l'Autore lo scambio si risolve nella combinazione di due atti unilaterali di natura non negoziale (gli «atti leciti dell'espone e del preferire»: così ID., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 360). Nella visione irtiana, il fenomeno del declino del dialogo nel mondo giuridico era già stato evidenziato da illustri precedenti. Per corroborare la tesi della realtà di due atti unilaterali e pervenire ad una nozione di contratto disgiunta dal requisito dell'accordo, Irti rinvia alle pagine di illustri studiosi tra i quali CICU, *Gli automi nel diritto privato*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1965, p. 315 e di SACCO, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 689; PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, p. 35; BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1926, p. 128; BETTI, *Appunti di teoria delle obbligazioni in diritto romano*, Roma, 1957, p. 18. In realtà, tali Autori non affrontano la questione nel senso voluto da Irti. Per un approfondimento sul punto cfr. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm e dir. obblig.*, 2002, p. 661, ora in *Studi in onore di Cesare Maria Bianca*, Milano, 2006, p. 313. In questa prospettiva, gli scambi di massa si svolgono senza accordo proprio a causa dell'assenza di dialogo. In sintonia con le posizioni irtiane anche MAGGIOLO, *Predisposizione e scambi senza accordo nei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, I, p. 31.

Intorno alla metà del Novecento un'idea simile era stata affermata dai sostenitori della teoria dei rapporti contrattuali di fatto. «Nella prassi moderna del commercio giuridico su larga scala i rapporti contrattuali si costituiscono diversamente da come era stato concepito secondo le regole del codice civile al di fuori dell'accordo di volontà: tali rapporti contrattuali non si costituiscono mediante la conclusione del contratto ma attraverso fattispecie di fatto, attraverso contatti sociali»: così HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, p. 6, citato da BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa*, cit., p. 1120. Per un approfondimento sul punto cfr. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, p. 238; FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti contrattuali di fatto nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662; STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1997, p. 151.

Alla luce di un secondo orientamento, più condivisibile perché capace di tutelare il valore della libertà contrattuale in modo più incisivo, gli atti di apprensione del bene e pagamento del corrispettivo possano essere considerati linguaggi, anche se espressi mediante modalità comunicative differenti dalla parola: constatare che il contratto si perfeziona di norma attraverso il dialogo non pare sufficiente a negare che esso si realizzi anche mediante modalità differenti. Il Codice civile non elenca tra gli elementi essenziali del contratto il previo svolgimento di trattative e, tanto meno, l'avvenuto dialogo tra i contraenti. Dunque, l'affievolirsi del ruolo della volontà, aspetto connaturato ai meccanismi di standardizzazione dei rapporti interpretati, non basta ad escludere la sussistenza della figura del contratto poiché non bisogna confondere il consenso, quale elemento strutturale che perfeziona il contratto e dal quale sorge l'obbligazione, con le molteplici modalità attraverso le quali l'accordo può dirsi raggiunto. L'assenza di una trattativa non è incompatibile con il convergere dei due consensi verso il medesimo scopo. Sfuma, pertanto, l'esigenza di ripensare la nozione di contratto, tanto meno non sussiste alcun problema di un "contratto senza accordo". Le innovazioni relative all'iter di formazione del contratto non ne stravolgono l'essenza rappresentando mere modalità di esteriorizzazione del consenso più moderne. «Lo schema della dualità di meri atti leciti, se esalta la solitudine del silenzio, non coglie l'essenza dello scambio, perché dimentica il tratto della conformità tra atti, sia pure muti, che deve sussistere perché essi assumano valore di scambio. Ma il canone della conformità, secondo l'ordine positivo (art. 1326 ult. cpv., c.c.) caratterizza e domina proprio la formazione del contratto»: così G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 148; ID., *Elogio di un civilista convinto: una testimonianza del sistema scientifico di Francesco Santoro Passarelli*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 497; ID., *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 148. «Non si deve parlare di scambi senza accordo ma piuttosto di accordi senza dialogo e l'assenza del dialogo non determina il venir meno del contratto»: così S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007, p. 137. La teoria degli scambi senza accordo è stata pesantemente criticata perché pone numerose questioni problematiche. Se il contratto standard è la risultante dell'incontro di due decisioni solitarie emerge il problema della determinazione del luogo e del momento della combinazione dei due atti unilaterali. E' risaputo, infatti, che da questo momento dipende l'individuazione della legge applicabile e dell'autorità giudiziaria competente, nonché la verifica della sussistenza della capacità in capo alle parti contraenti. Tra i detrattori della teoria degli scambi senza accordo, cfr. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 527, secondo il quale: «l'art. 1321 c.c. non richiede trattativa, dialogo e neanche espressione linguistica, più o meno dominante o dominabile. Il dialogo non solo non è richiesto dall'art. 1321 c.c., ma può anche mancare, o può

Sono numerosi i vantaggi legati all'utilizzo di condizioni generali¹⁷⁸ che consentono all'impresa di imporre i propri contratti ad una moltitudine di contraenti, trasferire sulla parte debole rischi ed oneri non negoziabili ed accentrare i procedimenti giudiziari nel foro della propria sede¹⁷⁹.

mancare, nelle ipotesi tipiche dell'art. 1327 e dell'art. 1333 c.c.»; GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, cit., p. 313; BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, cit., p. 1120; BORTOLUZZI, *Umanizzazione del contratto*, in *Vita not.*, 1991, p. 1618. Vi è, infine, chi sottolinea i vantaggi legati all'assenza di trattative: l'obliterazione di questa fase, a fronte del risparmio di tempo e costi che essa comporta, può rendere più conveniente un affare anche per l'aderente, nonostante costui non sia intervenuto nel predisporre il regolamento contrattuale. «Il nostro uomo qualunque preferisce questo tipo di acquisto (vendite nei grandi magazzini, vendite telematiche o televisive) proprio per la sua convenienza economica. L'assenza di dialogo significa allora non assenza di libertà, ma, tutto al contrario, inutilità della trattativa che, in altro contesto, condurrebbe, se del caso, a quella diminuzione del prezzo, che egli, viceversa, ottiene senza alcuna discussione»: così GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, cit., p. 313.

¹⁷⁸ La nozione di “condizione generale” ha sollevato dubbi in dottrina: «L'espressione condizioni generali – in tedesco *allgemeine (geschäfts) Bedingung* – è equivoca. Mentre è chiaro che il termine condizione vada inteso nel senso di clausola e non di condizione in senso tecnico, possono invece sorgere dubbi sul significato da attribuire all'aggettivo generale che definisce il genere e non la specie. Dato il contesto è evidente che il *genus* cui fa riferimento sia una categoria, più o meno ampia, di contratti: potrebbe quindi ritenersi generale quella clausola comune a una serie di contratti, che può essere inserita in ciascuno di essi. Come è stato osservato, però, la relazione al Codice civile e il successivo art. 1342 c.c., sicuramente collegato al precedente, inducono ad intendere il termine nel senso di uniforme: in quest'ottica la clausola generale è quella destinata ad essere inserita, con il medesimo tenore, in una pluralità di contratti, in contrapposizione a quella particolare, il cui contenuto varia da contratto a contratto»: così CASSANO, *Condizioni generali di contratto e tutela del consumatore nell'era di Internet*, in *Diritto dell'internet*, 2007, p. 5, nota 17. Il nostro Codice è stato tra i primi a predisporre una disciplina specifica sulle condizioni generali di contratto, preceduto solamente dall'art. 71 del Codice delle obbligazioni polacco del 1933. Al momento della sua entrata in vigore, non si è dubitato della legittimità di simili condizioni: si rinvia, a tal proposito, alla Relazione al re, n. 78, in *Codice civile, libro delle obbligazioni, illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, a cura di PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER e DALLARI, Milano, 1942, p. 170. Tuttavia, la circostanza che la libertà dell'aderente sia fortemente limitata ha dato adito ad un acceso dibattito in seno al formante dottrinale, per il quale si rinvia al prosieguo della trattazione. Per un approfondimento sulle condizioni generali di contratto, senza alcuna pretesa di completezza, cfr. GENOVESE, Anteo, *Le condizioni generali di contratto*, cit.; GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante moduli e formulari*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 608; REALMENTE, *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1975; BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, I, II, Milano, 1979-1981; RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983; AA.VV., *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, a cura di CESARO, Padova, 1989; SICCHIERO, *Condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 469; TASSONI, *Condizioni generali di contratto e dolo del predisponente*, in *Contratti*, 1994, p. 124; S. PATTI, *Clausole vessatorie, clausole d'uso e necessità dell'approvazione specifica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 63; ID., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996; VIOLANTE, *Clausole vessatorie e approvazione specifica “a tutto campo”: chi troppo vuole...*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1042 ss; NISSOLINO, *Le clausole abusive nei contratti. Condizioni generali di contratto e strumenti di tutela del contraente debole*, Milano, 2004. Sulle origini storiche delle condizioni generali di contratto HONDIUS, *Il controllo sulle condizioni generali nel diritto olandese*, in *Le condizioni generali di contratto*, II, a cura di BIANCA, Milano, 1981, p. 405. Secondo l'Autore, le *formulae* utilizzate dai pontefici romani e gli usi diffusi tra i commercianti nel 1600 rappresentano gli antecedenti storici delle condizioni generali. Sul punto cfr. anche HART, *Un caso esemplare: la giurisprudenza sulle condizioni generali di contratto*, in *L'educazione del giurista: capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, a cura di BARCELLONA, HART e MUCKENBERGER, Bari, 1973, p. 143. Infine, per una lettura più risalente del rapporto tra contrattazione standardizzata e sviluppo industriale cfr. GALIZIA, *Industrialismo e nuove forme contrattuali*, Napoli, 1900.

¹⁷⁹ Si avrà modo di sottolineare nel prosieguo della trattazione che la ripartizione dei rischi a vantaggio del predisponente si accentua quando le condizioni generali di contratto vengono inserite all'interno dei contratti tra consumatore e professionista. «La capogruppo o la *holding* pretende uniformità di regolamentazione dei rapporti economici con i consumatori e predispone quindi *standard forms* da

La massificazione dei rapporti contrattuali, inoltre, unitamente all'unilateralità e all'uniformità che ne derivano, facilita una previsione veritiera dei costi da sostenere, rendendo più rapida la fase della conclusione dell'accordo¹⁸⁰: nell'attuale sistema economico – produttivo, contraddistinto da esigenze di celerità e dinamismo, sarebbe anacronistico e difficilmente praticabile il ricorso ad un modello contrattuale in cui le parti negoziano individualmente ogni clausola, a fronte della dilatazione di tempi e costi che un simile modello inevitabilmente comporta¹⁸¹.

La standardizzazione dei contratti, infine, consente di ridurre la discrezionalità del potere in capo agli organi esecutivi all'interno della gerarchia d'impresa, garantendo una migliore allocazione delle risorse e una gestione della struttura imprenditoriale più efficiente¹⁸².

Pertanto, esigenze di razionalizzazione e pianificazione della vita economica odierna giustificano il ricorso a questa tecnica di contrattazione.

A fronte degli aspetti positivi, sono altresì innegabili gli inconvenienti della negoziazione per *standards*¹⁸³, una pratica che altera sensibilmente il tradizionale schema di conclusione del contratto¹⁸⁴.

utilizzare (da parte delle società figlie nazionali) in tutto il mondo attuando una ripartizione dei rischi prevedibili in senso favorevole al predisponente»: così S. PATTI, *Diritto privato e codificazione europee*, cit., p. 368.

¹⁸⁰ Sul punto cfr. FERRI, *La cultura del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 849; AGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratacion*, Madrid, 1991, p. 28; RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., p. 42.

¹⁸¹ Sul punto cfr. TARTAGLIA, *Vessatorietà e trasparenza nei contratti del consumatore*, Milano, 2006, p. 11.

¹⁸² Cfr. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1986, p. 44, Secondo l'Autore le condizioni generali di contratto riducono la libertà d'azione degli ausiliari del predisponente. In tal modo viene garantito il rispetto della strategia d'impresa. Inoltre la standardizzazione del contenuto contrattuale presenta innumerevoli vantaggi non solo in sede di conclusione del contratto, semplificando e accelerando il meccanismo di perfezionamento dell'accordo, ma anche in fase di esecuzione, poiché facilita l'amministrazione dell'intera "vicenda contrattuale", stante la natura omogenea dei contratti a cui dare attuazione. In questo senso anche GAMBARO, *Perché si vessa il cliente. Note ed appunti di un itinerario tra i modelli occidentali*, in *Quadr.*, 1991, p. 397; BOCCHINI, *Contratti per adesione*, in *Saggi di diritto privato*, Napoli, 1999, p. 197: «la produzione di massa ha comportato una distribuzione di massa e dunque anche una contrattazione di massa».

¹⁸³ La standardizzazione dei contratti è stata considerata, nelle diverse esperienze, come una delle epifanie più massicce e profonde dei limiti alla libertà delle parti»: così ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, cit., p. 594; S. PATTI, *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*; 2005, p. 287. Sugli inconvenienti legati all'utilizzo della contrattazione standardizzata si sono occupati anche gli economisti. Si è sostenuto che le condizioni generali di contratto siano colpite da fenomeni di selezione avversa. «Un contratto standard che contiene una clausola vessatoria può essere equiparato a un bene di bassa qualità»: così KORNHAUSER, *Unconscionability in Standard Forms*, in *Calif. L. Rev.*, 1987, p. 1176, citato da BAFFI, *I limiti all'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 662, nota 68.

¹⁸⁴ In un quadro socio economico connotato dall'egemonia imprenditoriale, il contratto non può definirsi la risultante di una composizione ponderata di interessi contrapposti. In assenza di interventi volti a garantire la parità sostanziale tra le parti, si assiste all'esaltazione dell'autonomia dell'impresa e al parallelo svuotamento dell'autonomia dei soggetti che subiscono il primato dell'imprenditore.

Attraverso le condizioni generali di contratto, il predisponente può realizzare una vasta gamma di abusi al fine di conservare, se non rafforzare, la situazione di netto predominio nella quale versa¹⁸⁵.

Ne deriva la probabile alterazione del rapporto di proporzionalità che dovrebbe sussistere tra le posizioni giuridiche assunte dalle parti.

La presenza di una clausola vessatoria pone problemi legati alla sua onerosità ed iniquità, a fronte dello squilibrio economico che connota la dinamica contrattuale e, in particolare, il contenuto della clausola evidentemente vantaggioso per il predisponente¹⁸⁶.

La pericolosità e la dannosità sociale che una simile condizione contrattuale manifesta giustificano l'esigenza di proteggere l'aderente: la preventiva formulazione del contenuto negoziale rispetto a una serie di futuri contratti, infatti, sopprime le opportunità di scelta della parte debole, condannata all'alternativa «take it or leave it»¹⁸⁷ e può divenire un mezzo di sopraffazione e sfruttamento del contraente inesperto che assiste passivamente al depotenziamento della sua posizione all'interno del mercato¹⁸⁸.

Del resto, il rischio di abusi a danno della libertà negoziale del contraente debole era già stato avvertito dal legislatore del '42: le previsioni contenute negli artt. 1341 e 1342 c.c.

¹⁸⁵ Autorevole dottrina ha definito le clausole vessatorie come «condizioni generali di contratto che aggravano la posizione dell'aderente rispetto alla disciplina legale del contratto»: così BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, cit., p. 5. Sul possibile utilizzo abusivo delle condizioni generali di contratto ad opera dell'impresa, cfr. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 681; AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 285; RAKOFF, *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, in *Harv. L. Rev.*, 1983, p. 1229; BESSONE, *Dalla freedom of contract al controllo sociale (osservazioni sul metodo di una raccolta di cases and materials)*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 458. Interessante la riflessione di un Autore che sottolinea come l'impresa sia spesso indotta dalle dinamiche concorrenziali all'uso abusivo delle condizioni predisposte. Sul punto cfr. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975, p. 61.

¹⁸⁶ Nella mancata partecipazione dell'aderente alla predisposizione del regolamento negoziale si ravvisa una drastica riduzione della sua libertà di autodeterminazione. Sul punto cfr. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania*, Milano, 1970, p. 111.

¹⁸⁷ Nella ricostruzione irtiana l'uomo qualunque «si trova di fronte a un rozzo diktat (prendere o lasciare)»: così GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, cit., p. 315.

¹⁸⁸ «La progressiva espansione, ormai il dominio, della contrattazione di massa, priva di quei connotati di negoziazione tra le parti tipici del modello contrattuale del negozio giuridico e del connesso presupposto individualista della signoria della volontà, autorizzano ed anzi implicano un accertamento circa l'uso che il contraente più forte abbia fatto del suo potere contrattuale o, altrimenti detto, se abbia fatto buon uso dei suoi diritti»: così ESPOSITO, *La tutela del consumatore tra codice civile e Costituzione*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 181.

rappresentano, almeno nelle intenzioni, il tentativo di proteggere l'aderente dall'eccessivo potere contrattuale in capo al predisponente¹⁸⁹.

Dunque, che i rapporti di mercato siano regolati da una logica insanabilmente conflittuale è un dato acquisito ormai da tempo¹⁹⁰.

La disparità tra i poteri dei contraenti sussiste, e in alcuni casi può essere persino accentuata, nei contratti tra professionista e consumatore, nei quali le asimmetrie informative e di esperienza¹⁹¹ sono in grado di compromettere in modo irrimediabile

¹⁸⁹ Lo schema proposta-accettazione si presenta nei contratti standard in maniera ancor più rigorosa del normale poiché l'accettante deve poter conoscere il contenuto delle condizioni e approvarle specificatamente qualora siano onerose.

¹⁹⁰ Risalgono agli inizi del 1900 i primi commenti della dottrina sull'opportunità di tutelare il contraente debole all'interno di rapporti contrattuali connotati da una disparità di forze tra le parti. Sul punto cfr. CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 509; FERRI, *L'impresa nel progetto del codice del commercio*, in *Scritti giuridici*, Napoli, I, 1990, p. 14. Di recente, FARNETI, *La vessatorietà delle clausole principali nei contratti del consumatore*, Milano, 2008, p. 11, secondo il quale: «una realtà nella quale proprio i fenomeni di prevaricazione e di dominazione sociale costituiscono le modalità normali di funzionamento del sistema socio-economico a base capitalista». Sui rischi legati alla diffusione di «sedicenti contratti che del contratto non hanno altro che il nome», cfr. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, 1901, pp. 229-230.

¹⁹¹ Sul tema delle asimmetrie informative cfr. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 641; VETTORI, *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di NAVARRETTA, Milano, 2007, p. 393; SIRENA, *La dialettica Parte generale-Parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di NAVARRETTA, Milano, 2007, p. 494; NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 942; CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549; GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 555; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; MOSCARINI, *Diritti e obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato ed interessi pubblici*, I, Milano, 2001, p. 347; COLLINS, *Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2000, p. 211; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, disponibile su http://judicium.it/news/ins_05_03_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf; MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409 secondo il quale nell'ambito del diritto dei consumi «le ragioni di tutela, legislativamente vagliate, impongono considerazioni peculiari in ragione della stessa efficienza economica delle transazioni».

Anche nei contratti *business to business* esistono asimmetrie informative. Tuttavia, la distribuzione non omogenea delle informazioni può fungere da incentivo per l'iniziativa economica privata e la concorrenza. Per questa ragione, il legislatore comunitario, consapevole della proiezione collettiva degli effetti delle condizioni generali di contratto incluse nei contratti B2C, si è prevalentemente concentrato sui rapporti tra professionista e consumatore, individuando in capo a quest'ultimo una situazione di estrema debolezza. Tuttavia, che i consumatori rappresentino una categoria particolarmente debole di contraente, tale da giustificare una protezione *ad hoc*, non è un dato pacificamente accolto dalla dottrina. Taluno, infatti, ha ritenuto che «il fenomeno delle clausole vessatorie non rappresenta un tratto peculiare ed esclusivo della contrattazione dei (e con) i consumatori [...]. La posizione del consumatore non sembra presentare tratti caratteristici tali da poterlo validamente differenziare da altri soggetti che, sia pur operando nell'esercizio delle rispettive attività, si trovino a dover aderire a clausole predeterminate dalla controparte forte»: così TARTAGLIA, *Vessatorietà e trasparenza nei contratti del consumatore*, Milano, 2008, p. 88. Sul punto cfr. anche DELLI PRISCOLI, *Consumatore, imprenditore debole e principio di uguaglianza*, in *Contr. impr. Europa*, 2003, p. 749; ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267.

l'efficienza allocativa del mercato conducendo al rischio di un suo fallimento¹⁹². Acquisiti questi rilievi in ordine agli effetti negativi delle condizioni generali di contratto, è possibile ora entrare in *medias res* e soffermarsi sul significato e la portata di una particolare categoria di condizioni generali di contratto e cioè le clausole di forma all'interno dei contratti standard.

La *ratio* giustificativa delle forme volontarie si individua, storicamente, nella loro convenzionalità, una componente che viene a mancare nei contratti standard.

Il rischio insito nella predisposizione unilaterale di una clausole di forma è che il contraente forte pieghi uno strumento di per sé lecito, quale è la forma autoimposta, al perseguimento di finalità egoistiche e non meritevoli di tutela, determinando una situazione di squilibrio tra le posizioni giuridiche soggettive delle parti.

Tale rischio, lo si è già anticipato e lo si illustrerà diffusamente nel terzo capitolo del presente lavoro, non costituisce una prerogativa dei soli accordi sulla forma contemplati dal legislatore. Esso, infatti, si configura in presenza di qualsiasi clausola contrattuale con la quale viene introdotto unilateralmente un requisito di forma per rafforzare la posizione di forza del predisponente.

In tal modo, si pone inevitabilmente il problema dei limiti di utilizzo di termini contrattuali di questo tipo all'interno della negoziazione per *standards*; questa constatazione, a sua volta, suggerisce di indagare i rapporti tra formalismo convenzionale e contratti non negoziati individualmente per verificare se sussista una qualche forma di compatibilità tra i due¹⁹³.

E' innegabile che, nella sua evoluzione, il formalismo volontario abbia assunto un'ampia valenza, avvolgendo anche il profilo della modificazione di un negozio già esistente.

¹⁹² Poiché infatti lo scambio di beni e servizi non può prescindere dallo *strumento* contrattuale, ne deriva che la regolazione dei contratti è un momento decisivo della regolazione del mercato. Sul punto cfr. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 309. Sul mercato inteso come luogo in cui i privati autodisciplinano i propri interessi e determinano gli obiettivi della propria azione si vedano anche SACCO, *Il contratto*, cit., p. 22 ss.; PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1998, p. 832: «il nuovo diritto dei contratti è senz'altro un diritto che si ispira a questa problematica di fondo, il ruolo della persona nel mercato, la funzione del mercato per la persona».

¹⁹³ «Come potrebbe farsi a meno di rilevare che il fondamento storico-dogmatico del formalismo convenzionale riposa sulle basi della negoziazione individuale mentre, trascinato nella dinamica della contrattazione standardizzata, perde quella connotazione di convenzionalità che ne ha consentito e giustificato il riconoscimento normativo così faticosamente conquistato nei moderni ordinamenti giuridici?»: così G. BENEDETTI, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di ADDIS, Milano, 2008, p. 3.

Tuttavia, nella misura in cui risulta assente una reale convenzionalità, esso rivela un'identità fragile e una debolezza intrinseca che lo espongono al rischio di pesanti censure.

Quando il potere di autonomia privata – che si estrinseca nella predisposizione unilaterale di una regola di forma – persegue interessi individuali non meritevoli di tutela, la necessità di conformare atti e rapporti ad un determinato requisito di forma può opporsi ai principi dell'equilibrio normativo del contratto e al senso di giustizia.

Pertanto, riflettere sulla meritevolezza degli interessi ai quali la regola di forma è asservita, ancora una volta, costituisce l'unica possibilità per legittimare e “rinvigorire” le forme autoimposte nella contrattazione standardizzata.

A conclusioni non dissimili si perviene rivolgendo la propria attenzione al Codice del consumo che, è noto, non si applica solo ai contratti standard ma anche a quelli negoziati individualmente. Tuttavia, la situazione di inferiorità nella quale versa il consumatore e la *ratio* protezionistica alla base della disciplina consumeristica impongono un'indagine sulle effettive finalità perseguite dal professionista mediante l'imposizione di una clausola di forma anche nell'ipotesi in cui non si discorre di contratti di massa.

Se il piano di interessi disvelato dalla clausola di forma supera il giudizio di meritevolezza, la previsione della regola potrà dirsi in sintonia con i principi che informano le norme sui consumi.

In caso contrario, a fronte del significativo squilibrio determinato dalla forma autoimposta, si dovrà concludere che la clausola che la prevede è stata posta a presidio di finalità egoistiche alle quali l'ordinamento non può e non deve accordare tutela.

Nel primo capitolo del presente lavoro è emersa la possibilità di finalizzare l'accordo sulla forma al perseguimento di interessi riferibili ad un solo contraente: «la forma scritta si è rivelata una delle armi più efficaci per consentire alla parte forte di districarsi con padronanza all'interno del regolamento contrattuale»¹⁹⁴.

Se ciò è vero, l'obiettivo della ricerca deve dirigersi verso l'individuazione di questi interessi per comprendere la funzione concretamente espletata dal requisito di forma frutto di una determinazione unilaterale.

¹⁹⁴ Così FAVALE, *Le clausole di forma scritta nelle condizioni generali di contratto: forma di protezione o di pregiudizio*, cit., p. 256.

Tra i possibili effetti negativi delle condizioni generali di contratto, si è già segnalata la tendenza della parte forte ad abusare della propria situazione di vantaggio al fine di imporre un regolamento contrattuale iniquo.

E' verosimile che il vincolo di forma autoimposto, soprattutto se riferito ad atti unilaterali che incidono su un rapporto già in essere, soddisfi l'interesse di un solo contraente. Pertanto esso può divenire lo strumento attraverso il quale soddisfare esigenze della cui legittimità è doveroso quantomeno dubitare.

Se la clausola di forma deve garantire il perseguimento di interessi meritevoli di tutela¹⁹⁵, un corretto svolgimento della questione trova nell'analisi di tali interessi il parametro fondamentale al quale fare riferimento per stabilire la reale funzione del vincolo formale ed, eventualmente, la sua potenziale carica vessatoria.

Il ricorso ad una forma extralegale che tutela la posizione di un solo contraente è di per sé ammissibile quale esplicazione del potere riconosciuto ai privati dal combinato disposto degli artt. 1322 e 1352 c.c.

Nulla vieta ad una parte di stabilire una determinata forma anche per gli atti unilaterali destinati a produrre i loro effetti su un rapporto giuridico già esistente.

Tuttavia, se si vuole impedire che un simile potere si trasformi in arbitrio, l'autoregolamentazione deve necessariamente essere esercitata in condizioni di equilibrio.

Se è vero che «la disciplina delle clausole vessatorie ha tratto anzitutto agli effetti del regolamento negoziale»¹⁹⁶, è proprio a questi che si deve guardare per formulare l'eventuale giudizio di abusività della prescrizione imposta unilateralmente.

Solo determinando concretamente l'assetto di interessi divisato dalle parti e mettendo in risalto i valori che esse vogliono tutelare, è possibile operare un controllo di meritevolezza, il cui superamento costituisce la *condicio sine qua non* per escludere la natura vessatoria della clausola di forma e, ma sul punto sia consentito il rinvio al prosieguo della trattazione, di ogni clausola che perviene al medesimo risultato in altro modo, sempre attraverso l'ausilio della forma extralegale¹⁹⁷.

¹⁹⁵ «Non è da sottovalutare l'incidenza di segno positivo provocata dalla formula della meritevolezza sul regolamento contrattuale nella sua complessità, allorché si ponderi nella giusta misura il suo apporto a scoprire quegli interessi individuali palesanti un rapporto di sopraffazione – e non soltanto di carattere economico – fra le parti»: così FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, cit., p. 90.

¹⁹⁶ Così MAGGIOLIO, *Un problema delle clausole vessatorie: tassatività e linguaggio giuridico*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1991, I, p. 75.

¹⁹⁷ Giova ribadire in tale sede l'arretratezza dell'ordinamento italiano a confronto con quello tedesco sul tema della meritevolezza degli interessi. Mentre il legislatore interno mostra totale indifferenza alla tematica, i § 4 e 9 della AGB-Gesetz del 1976 forniscono due criteri fondamentali alla luce dei quali

Ad esito di queste riflessioni, si procederà ora ad esaminare i termini contrattuali più diffusi nella prassi raggruppandoli in differenti categorie, a seconda della funzione attribuita loro dal predisponente e, dunque, sulla base di un criterio di affinità teleologica.

Si ritiene opportuno anteporre all'analisi dell'art. 33, 2° co., lett. q., c. cons., un'indagine dai contorni più generici incentrata sui contratti standard, a prescindere dalla qualifica soggettiva dei contraenti.

In realtà, si tratta di una separazione dal valore meramente classificatorio, poiché parte delle osservazioni relative ai contratti standard possono essere estese all'ambito consumeristico, nel quale si registra una forte tendenza a concludere accordi non preceduti da una previa negoziazione individuale.

Inoltre, in merito ad alcune tipologie di clausole che si prenderanno in considerazione – basti citare a titolo esemplificativo le clausole modificative dell'onere probatorio – si rende indispensabile un esame congiunto del Codice civile e del Codice del consumo, le cui disposizioni contengono spesso rinvii reciproci le une alle altre.

Per questo motivo, allo studio delle clausole di forma nei contratti standard e nei contratti del consumatore seguirà una breve riflessione dedicata ai rapporti tra i due codici.

La disciplina consumeristica e le norme del Codice civile presentano numerose analogie ma anche significativi tratti di differenziazione.

Pertanto, nel prosieguo della trattazione ci si interrogherà sulla legittimità di una rilettura del Codice civile alla luce dei principi enucleati in materia di consumi e, sul fronte opposto, sulla operatività delle regole dettate dal Codice civile nei rapporti tra professionista e consumatore¹⁹⁸.

valutare gli interessi che il predisponente ha voluto soddisfare mediante l'inserimento di una clausola di forma all'interno delle condizioni generali di contratto. Per un approfondimento sul punto cfr. BONELL, *Prime osservazioni in ordine alla recente legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Giur. comm.*, 1977, p. 484.

¹⁹⁸ «La dottrina [...] deve riflettere su due problemi connessi. Da un lato il confronto fra disciplina generale e discipline di settore, reso indifferibile dalla diversità di regime positivo, interno e comunitario, per i contratti dei consumatori (B to C), i contratti fra imprese (B to B e B to b) e i c. d. contratti civili. Dall'altro il ruolo dei principi e delle regole, nel passaggio da un sistema imperniato sull'unità del contraente e del contratto, ad un sistema conforme al modello sociale europeo»: così VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 754. Si tratta, dunque, di verificare se si possano trarre dalle discipline di settore principi aventi una valenza generale e se, dall'altro lato, la parte generale del contratto possa trovare applicazione in relazione a quanto non sia stato oggetto di disciplina ad opera della legislazione di settore. Sul punto cfr. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, p. 569.

3. Clausole di forma come limite all'autonomia privata: la clausola “salvo approvazione della casa”

La tematica delle clausole di forma che non siano state oggetto di una previa trattativa tra i contraenti si intreccia con la questione centrale dei limiti dell'autonomia contrattuale¹⁹⁹.

La possibilità di eleggere un determinato *vestmentum* per i propri atti – contratti o atti idonei a modificare o estinguere un contratto già in essere – è, senza dubbio, espressione del principio dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c. c.²⁰⁰.

Da segnalare la tesi secondo la quale, in presenza di un'antinomia, dovrebbe prevalere la norma più favorevole al consumatore. Sul punto cfr. MANIACI, *Clausola penale eccessiva: inefficacia o riducibilità?*, in *Contratti*, 2005, p. 1113.

¹⁹⁹ Il tema dei limiti dell'autonomia privata ha da sempre rappresentato un terreno fertile per la dottrina che si è occupata della materia. La questione non può essere affrontata in modo statico ma presuppone il costante rinvio al contesto sociale, culturale e politico di riferimento. La tendenza a limitare l'autonomia, infatti, è senza dubbio collegata a precise ragioni storiche ed ideologiche. Si pensi all'avvento del fascismo, un regime dirigista ed interventista favorevole alla pubblicizzazione della vita privata: in questo periodo storico, i limiti posti dal legislatore del 1942 al principio della libertà contrattuale divengono ben più stringenti rispetto a quanto previsto nel previgente Codice civile del 1865, a conferma della natura mutevole e necessariamente circostanziata del rapporto tra l'autonomia e le sue limitazioni. «È noto come, insito nel concetto di libertà, sia il concetto di limite, in quanto in una collettività organizzata la potestà del volere individuale, che non incontri limitazioni nei confronti degli altri soggetti o dell'ordinamento, non può essere qualificata libertà, ma arbitrio, e come tale non può ricevere tutela giuridica»: così CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p. 17. Per un approfondimento sui limiti dell'autonomia cfr. *ex multis*, PERLINGIERI, *Il diritto privato europeo, Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 2005, p. 493; FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.*, 2004, p. 1; YOUNGS, *Constitutional limitations of freedom of contract: what can Germans teach us*, in *Anglo-American L. Rev.*, 2000, p. 498; BIANCA, *Condizioni generali di contratto. Prospettive di riforma*, in *Quad. Giustizia*, 1986, 55, p. 2.

²⁰⁰ Ai sensi dell'art. 1322 c.c. «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Sul principio dell'autonomia privata, di cui quella contrattuale costituisce una *species*, ed in particolare sui rapporti tra tale principio e le strutture del mercato cfr., *ex pluribus*, GALASSO, *Autonomia dei privati e misure di riequilibrio contrattuale con riguardo alle clausole vessatorie, Letture di Giurisprudenza*, Torino, 2009; CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 831; MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, p. 139; SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, Perugia, 2007, p. 66 ss.; GITTI, *Vecchi e nuovi confini dell'autonomia contrattuale*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, a cura di MACARIO, e MILETTI, Milano, 2006, p. 391; AA.VV., *I mobili confini dell'autonomia privata*, a cura di PARADISO, Milano, 2005; SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso. Aspetti storico comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000, p. 597; SCHELESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229; GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 180; LIPARI, “Spirito di liberalità” e “spirito di solidarietà”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1; Di MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 9; DISTASO, *I principi giuridici fondamentali del sistema contrattuale. La libertà contrattuale e i suoi limiti*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1980, p. 38; SANTORO PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 155; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 171; RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 3; BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, I, 2, 1958, p. 1559; PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc.*

E' altresì innegabile che il contratto standard non costituisce una lesione del principio in esame poiché la presenza di clausole unilateralmente predisposte non esclude che entrambi i contraenti debbano rassegnarsi a contemperare gli interessi individuali con quelli della controparte²⁰¹.

dir., IV, Milano, 1959, p. 368. Secondo la dottrina tradizionale, la funzione del contratto consiste nel dare attuazione ad una determinata forma di circolazione dei beni che trova il suo fondamento nell'autonomia privata. L'area dei rapporti patrimoniali, dunque, costituisce sede privilegiata di esplicazione del potere di autoregolamentazione riconosciuto ai privati. Sul punto cfr. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 213; PERLINGIERI, *Profili istituzionali di diritto civile*, Napoli, 1974, p. 64. In quest'ottica, l'autonomia è contemporaneamente vincolo e libertà: vincolo perché, in attuazione dell'art. 1372 c.c., il negozio giuridico ha forza di legge tra le parti e dunque l'autonomia negoziale attribuisce valore vincolante e tendenzialmente irrevocabile agli impegni assunti dai contraenti. Sul punto cfr. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 378. «La parola autonomia – regola autodisposta dagli interessati – ben riassume il principio fondamentale per cui il contratto ha forza di legge tra le parti»: così SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 230. Libertà, invece, poiché l'art. 1322 c.c. riconosce ai privati il potere di determinare gli effetti di un atto al fine di garantire il soddisfacimento dei loro interessi. In particolare, l'autonomia contrattuale si declina al suo interno in cinque libertà: concludere o meno il negozio giuridico, scegliere la propria controparte, determinare il contenuto negoziale (entro i limiti stabiliti dall'ordinamento), individuare la forma ritenuta più idonea in tutti i casi in cui un vincolo formale non sia già stabilito *ex lege* ed, infine, concludere negozi giuridici atipici purché diretti a perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

²⁰¹ Tuttavia, l'autonomia contrattuale, almeno nella sua originaria accezione, postula il dialogo tra i contraenti che, dopo una fase di negoziazioni preliminari, ponderano attentamente i rispettivi bisogni ed intervengono in modo attivo nel procedimento di formazione del contratto. Accogliendo la tradizionale nozione di autonomia contrattuale come «potere di influire sul contenuto dell'accordo al fine di ottenere condizioni vantaggiose o almeno oggettivamente equivalenti» (così, anche se in senso critico rispetto alla nozione tradizionale MENGONI, *Costituzione e autonomia privata*, cit., p. 19) è indubbio che la presenza di una clausola predisposta unilateralmente esercita un immediato riflesso sulla capacità della parte debole di incidere sul contenuto dell'accordo. La concezione tradizionale, infatti, parte dal presupposto che ogni individuo sia il miglior arbitro dei propri interessi e che dal confronto di tali interessi scaturisca una naturale composizione. Una simile impostazione, tuttavia, non può essere applicata alle tecniche di negoziazione standardizzata, caratterizzate da elementi di eteronomia e dall'assenza di una sostanziale parità tra le parti. Nei contratti standard «est à prendre ou à laisser, il n'est pas à discuter»: così HAURIUO, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 211. L'assenza di discernimento e volontà che connota i contratti standardizzati, dunque, pregiudica l'efficacia della visione classica dell'autonomia contrattuale secondo la quale le restrizioni dell'autonomia – intesa come potere di autodeterminazione – costituiscono fenomeni del tutto marginali. In un'ottica sostanziale l'autonomia privata deve essere intesa uno «strumento di emancipazione dell'uomo che presuppone l'effettivo potere di partecipare alla formazione del regolamento privato d'interessi, rappresentando quindi tale potere un *quid pluris* rispetto al mero atto di adesione al contratto unilateralmente predeterminato»: così CALVO, *L'equilibrio "normativo" del contratto standard nella AGB-Gesetz*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1082 che cita sul punto FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hundert Jahre deutsches rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Bd. 1; Karlsruhe, 1960, p. 141. Sulla visione classica dell'autonomia cfr. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, p. 167; GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 422; DIEZ-PICAZO, *Derecho y massificación social*, Madrid, 1979, p. 29; RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 12; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, II, p. 449. C'è chi è giunto persino a sostenere che l'imposizione di schemi contrattuali rigidi non consente il richiamo alla nozione di autonomia contrattuale, ed innesca un graduale allontanamento del contratto dal modello liberale del consensualismo, in virtù della eterodeterminazione del regolamento negoziale. La possibilità di influenzare concretamente l'elaborazione del contenuto contrattuale rappresenta, in questa ottica, il presupposto naturale del concetto di contratto. Sul legame esistente tra autonomia e volontà cfr. SACCO, *Il contratto*, in SACCO e De NOVA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Torino, 1993, p. 17: «se il ricorso al potere autonomo è svolto in modo appropriato, l'autonomia è l'area dove opera la volontà dell'agente». Sul punto LOBO, *Condições gerais do contratos e cláusulas abusivas*, San Paolo, 1991, p. 12.

Nella sua accezione più moderna²⁰², l'autonomia non si identifica nel potere di incidere sul contenuto del contratto, ma consiste nella libertà di concludere il contratto a determinate condizioni sulle quali la controparte concorda²⁰³.

²⁰² L'autonomia contrattuale, al pari di qualsiasi categoria giuridica, deve tenere conto dei profondi mutamenti che hanno interessato la realtà sociale ed economica. «Nel secolo diciannovesimo si riconduceva ogni istituto alla volontà del singolo e questo substrato volitivo era giudicato una conquista di libertà. In questo secolo si è assistito ad una progressiva inversione di tendenza, che ha sovente relegato la volontà nell'archeologia giuridica, nella coeva esaltazione del ruolo dello Stato»: così CALÒ, *Il ritorno della volontà. Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata*, Milano, 1999, p. 183.

Sul punto, cfr. anche LURGER, *The future of European contract law between freedom of contract, social justice and market rationality*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2005, p. 442. I paradigmi categoriali, dunque, sono strumenti malleabili che si devono inevitabilmente adattare al contesto storico e culturale di riferimento. Inoltre, il diritto privato di fonte comunitaria ha reso ancor più evidente il problema dell'adattamento delle "vecchie" categorie concettuali, enfatizzandone la natura elastica e tendenzialmente mutevole. Tali categorie, dunque, non possono essere sottratte alla loro inevitabile storicità ma devono, al contrario, essere ripensate in una dimensione comunitaria. L'utilizzo acritico di concetti e categorie elaborate nel passato porta con sé il rischio di «non riuscire spesso a comprendere le sopravvenienze della storia sol perché queste non risultano facilmente incasellabili nei nostri consueti paradigmi categoriali [...]. La tensione dei rapporti sociali, le sempre più avvertite esigenze di solidarietà sollecitata da un'onnipotenza mercantile capace di determinare crisi economiche drammatiche, la crescente distonia tra la globalizzazione di alcuni modelli e la frantumazione di altri ha assegnato un nuovo ruolo alla riflessione giuridica che è chiamata ad elaborare nuove categorie concettuali, consapevole della insufficiente capacità classificatoria di quelle che ci derivano dal passato»: così LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 2. In tal senso anche CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Materiali e Commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di VETTORI, Padova, 1999, p. 855, secondo il quale: «i sistemi normativi di diritto privato vanno perdendo la loro efficienza e utilizzabilità a man a mano che leggi speciali emanate in attuazione delle Direttive vanno distruggendo la coerenza dei principi generali». Sottolineano la provvisorietà delle ricostruzioni giuridiche e il loro essere condizionate dalle concezioni economiche e sociali di una determinata epoca SMORTO, *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *Contratti*, 2008, p. 723; LIPARI, *Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 515; LURGER, *The future of European Contract Law Between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality*, cit., p. 442. D'ANGELO, *Considerazioni minime in tema di limiti all'autonomia contrattuale*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 2608; SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 843; MARELLA, *The Old and New Limits of Freedom*, in *Eur. rev. contr., law*, 2006, p. 257; PARDOLESI, *Diritti dei consumatori ed eliminazione degli squilibri: verso una riscrittura giudiziale del contenuto dei contratti?*, in *Disciplina del commercio*, 1999, I, p. 9; LISERRE, *Costituzione e autonomia privata*, cit., p. 153; GITTI e DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 471; MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di LIPARI, Napoli, 1998, p. 23; SACCO, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme e il diritto al servizio di un diritto uniforme)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 65; GROSSI, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto. Quaderni di diritto privato europeo*, Atti dell'incontro di studio Bari 4 dicembre 2007, a cura di LOBUONO, Bari, 2009, p. 17; DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2004, p. 37; THIBIERGE e GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1997, p. 357 che esaminano «la rimise en cause du dogma de l'autonomie de la volonté» ad opera «de droits jennes pleins de vitalité et mus par une puissance naturelle d'expansion, comme le droits de la consommation ou de la concurrence». Per onestà intellettuale, pare opportuno il rinvio ad un'altra dottrina che, discostandosi dall'interpretazione maggioritaria, intende le categorie «un modo d'essere della realtà, cui è legata una funzione logica ed ontologica, e non una struttura del nostro intelletto strumentale alla conoscenza della realtà»: così BUONOCORE, *Le categorie contrattuali alla luce della disciplina comunitaria*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di LIPARI, Napoli, 1998, p. 133. La ricostruzione della vicenda evolutiva dell'autonomia negoziale, in realtà, dimostra che quest'ultima, al pari di altri concetti giuridici, sia un termine per sua natura relativo e strettamente influenzato dai cambiamenti intervenuti nel comparto sociale.

Essa si manifesta necessariamente in forme bilaterali, non può mai prescindere dall'accordo, che non viene a mancare solo perché la fase anteriore al suo perfezionamento non è stata preceduta da una negoziazione individuale²⁰⁴.

La riproduzione di schemi negoziali uniformi e l'inserimento nel contratto di condizioni generali, dunque, costituiscono un atto di esercizio dell'autonomia privata il cui libero esplicarsi non impone obbligatoriamente la previa trattativa²⁰⁵.

Tuttavia, è opportuno chiedersi fino a che punto l'autodeterminazione di una parte possa condizionare e limitare l'autodeterminazione dell'altra²⁰⁶.

²⁰³ E' errato, dunque, ritenere che in attuazione dell'art. 1322 c.c., i privati siano depositari di un potere sovrano: «ogni tentativo di instaurare parallelismi impropri tra una sovranità della legge, all'interno dell'ordinamento, ed una sovranità dei privati, al suo esterno, nell'ambito dei rapporti diretti tra *cives*, sarebbe fuorviante e tendenzioso»: così SCHELSINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., p. 232. L'Autore, al fine di differenziare le nozioni di autonomia privata e sovranità del diritto, dedica un'attenta riflessione al tema dei limiti dell'autonomia privata, sottolineando che l'operatività della stessa presuppone un costante confronto e bilanciamento tra il piano della libertà e quello dell'autorità che fissa i confini entro i quali il potere di autodeterminare i propri interessi può essere legittimamente fatto valere dai privati. «Non è la libertà contrattuale il *prius* ed i suoi limiti il *posterius*, bensì, proprio all'incontrario, il *prius* è costituito dalla determinazione da parte dell'ordinamento dei confini entro i quali si preferisce lasciare ai privati una effettiva discrezionalità di scelta ed il *posterius* è rappresentato dal concreto esercizio, entro l'ambito così tracciato, dei poteri di scelta lasciati ai singoli». La volontà negoziale privata e la volontà della legge, pur essendo in costante rapporto dialettico, debbono essere tenute nettamente distinte: la legge forgia le regole che sovrintendono alla creazione della struttura negoziale. «L'autonomia negoziale non è nella posizione della struttura, bensì nella formazione della regola» e si esplica all'interno dei confini d'azione individuati dal legislatore nella ricerca della regola considerata più opportuna per comporre gli interessi dei contraenti. Sul punto CARFORA, *Il contratto. Definizione*, in <http://www.filodiritto.com/index.php?azione=articoli&aut=lucarfora&firmato=Luigi%20Carfora> In tale prospettiva, il rapporto tra autonomia privata e ordinamento giuridico è rappresentato come una messa a disposizione di strumenti giuridici per raggiungere risultati voluti dai privati. Per un approfondimento sul punto cfr. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 216.

²⁰⁴ «Nessuno dei due contraenti può concludere se non alle condizioni consentite dall'altro. In questo senso nessuno dei due può gridare allo scandalo perché la controparte gli pone questa o quella condizione»: così SACCO, *Il contratto*, cit., p. 13. In questo senso anche S. MAIORCA, *Contratti standard*, cit., p. 628. Secondo l'Autore i contratti di adesione non consistono nella «prevaricazione del predisponente sull'aderente, quale espressione fortemente autoritaria del *private law making power* esercitato attraverso le tecniche di negoziazione, e neppure in una sorta di *delegation of power* o in una vera e propria rinuncia a (esercitare il potere di) contrattare, da parte dell'aderente a favore del predisponente, bensì in una pura e semplice astensione dall'esercizio del proprio potere negoziale da parte del primo contraente».

²⁰⁵ «La possibilità di creare lo schema normativo destinato a reggere le sorti del rapporto che scaturisce dalla fattispecie contrattuale costituisce uno degli aspetti più salienti dell'autonomia riconosciuta ai soggetti giuridici nel campo del diritto privato»: così DOSSETTO, *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, cit., p. 4. La contrattazione uniforme, dunque, non recide il nesso esistente tra contratto ed autonomia. «L'intervento operato dalla legge, a vari livelli, per riequilibrare la posizione delle parti contraenti è la prova, sul piano positivo, che la legge tiene fermo quel nesso»: così G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 18. Sul punto cfr. anche BRIDGEMAN, *Liberalism and freedom from the promise theory of contract*, in *Mod. L. Rev.*, 2004, p. 683; BERTOLO, *Status di consumatore, libertà d'impresa e tutela del contraente debole*, in *Giur. it.*, 2003, p. 205; SMITH, *Future freedom and freedom of contract*, in *Mod. L. Rev.*, 1996, p. 36; BESSONE, *Contratti di adesione e natura ideologica del principio di libertà contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 943.

²⁰⁶ Negoziazione per *standards* e autonomia contrattuale non sono fenomeni antitetici poiché la presenza di clausole contrattuali predisposte non impedisce all'aderente di decidere in libertà se contrattare o meno.

I vincoli di forma non possono diventare uno strumento di mortificazione dell'altrui autonomia. In caso contrario, si assisterebbe ad una distorsione del significato della componente formale di origine volontaria: non più una manifestazione dell'autonomia negoziale funzionale al perseguimento di interessi apprezzabili del predisponente, bensì un mero stratagemma che rende più oneroso l'esercizio dei diritti della controparte.

Si consideri la clausola "salvo approvazione della casa" – archetipo delle clausole di conferma²⁰⁷ – attraverso la quale la parte che si è avvalsa di un rappresentante per la conclusione di un accordo, subordina la validità e l'efficacia di quest'ultimo alla sua conferma scritta.

Una tale clausola limita il potere di colui che agisce su incarico del predisponente²⁰⁸: da questo punto di vista, sarebbe opportuno dubitare della utilizzabilità di una condizione generale di contratto per ridurre i poteri conferiti *ex lege* o per effetto di una procura al rappresentante.

Concentrandosi sul rapporto tra predisponente e aderente, la prassi commerciale mostra come le clausole di conferma possono risolversi in un *vulnus* all'autonomia negoziale del contraente debole.

Per procedere al loro studio, è utile un chiarimento preliminare.

Parte della dottrina ritiene che la clausola "salvo approvazione della casa" sia vessatoria alla luce dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons²⁰⁹.

In realtà, in questi casi la forma volontaria rappresenta un mezzo per conseguire solo indirettamente l'obiettivo che si vuole raggiungere inserendo nel contratto una clausola di riserva di conferma o di ratifica²¹⁰.

Conseguentemente, l'indagine sulla ipotetica natura vessatoria della clausola non può essere confinata entro il ristretto ambito di operatività della lettera q, ma presuppone un esame dettagliato degli effetti che il predisponente ha inteso realizzare nell'inserirla all'interno del contratto.

A conferma dell'ipotesi ricostruttiva proposta, interessa differenziare le ipotesi in cui l'ausiliario sia munito o meno del potere rappresentativo²¹¹.

²⁰⁷ Cfr. VERDICCHIO, *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto. Rapporto sul diritto italiano*, cit., p. 249, nota 83.

²⁰⁸ Sul punto CENDON, *Commentario al Codice civile*, Milano, 2009, p. 25

²⁰⁹ Così LENER, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in *I contratti del consumatore*, a cura di GABRIELLI e MINERVINI, in *Trattato del contratto*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, I, Torino, 2005, p. 277; UBALDI, sub. art. 1469 bis, c. 3, n. 15, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di ALPA e PATTI, Milano, 2003, p. 547.

²¹⁰ Sul punto cfr. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, p. 143.

Quando l'intermediario non è autorizzato a concludere il contratto ma solo a procurare proposte, il contratto si perfeziona nel momento in cui il compratore viene a conoscenza dell'avvenuta accettazione del venditore ai sensi dell'art. 1326 c.c. oppure, se ne sussistono i presupposti, a seguito dell'esecuzione immediata della prestazione ex art. 1327 c. c.²¹².

Dunque, nell'ipotesi in cui l'incaricato sia un *nuncius* sprovvisto del potere negoziale, la clausola in esame non dà luogo a particolari problemi interpretativi, posto che il contratto non si sarebbe comunque concluso anche in sua assenza²¹³.

Più complesso il caso in cui l'incaricato sia munito di potere rappresentativo; in questa eventualità, infatti, la clausola esclude l'efficacia della dichiarazione dell'ausiliario.

Taluno ritiene che la clausola in esame sia una condizione sospensiva potestativa che subordina alla manifestazione del consenso del predisponente l'efficacia del contratto²¹⁴.

Altri, invece, ricostruiscono il fenomeno nei termini di recesso unilaterale del predisponente: poiché l'incaricato è munito di potere rappresentativo, il contratto si perfeziona per effetto dell'incontro della sua volontà con quella del compratore, ma è fatta salva la facoltà di recesso del professionista mediante una dichiarazione di diniego²¹⁵.

²¹¹ Per questo motivo l'esame delle clausole deve essere condotto considerando la disciplina in tema di potere rappresentativo e di rappresentanza indiretta.

²¹² Non è pacifica, tuttavia, l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 1327 c.c. Sul punto cfr. Cass. 14.4.87, n. 3270, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, IV, p. 4; Cass. 3.12.1970, n. 2548, in *Giust. civ. Mass.*, 1970, I, p. 7.

²¹³ In questo senso cfr. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 6; GIANNATASIO, *Vendita: II) vendita salvo approvazione della casa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, p. 1; ZANCHI, *Clausola "salvo approvazione della casa" e formazione del contratto*, in *Studi sen.*, 1980, p. 323.

²¹⁴ Sul punto cfr. FALINI, *Considerazioni sulla "clausola salvo approvazione della casa" sul contratto concluso mediante esecuzione e sulla proposta irrevocabile senza la prefissione di un termine*, in *Rass. giur. umbra*, 2000, p. 421, secondo il quale: «il contratto resterebbe sottoposto a condizione sospensiva potestativa da parte del venditore; la conferma avrebbe quindi un valore positivo nel senso che costituirebbe l'avveramento della condizione. Correlativamente, dovrebbe ritenersi che, una volta decorso il termine di decadenza entro il quale possa intervenire la conferma della ditta venditrice, resti escluso l'avveramento della condizione e il compratore si sciolga dal vincolo».

²¹⁵ In tal senso cfr. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita*, Milano, 2001, p. 218. Nell'ipotesi di contratto concluso per mezzo di rappresentante, l'accettazione dell'ordinativo da parte di costui pone in essere l'incontro dei consensi tra venditore e compratore, e la conclusione del negozio deve considerarsi avvenuta attraverso il consenso manifestato dalle parti presenti, mentre la clausola "salvo approvazione della casa" assume natura di previsione di una facoltà di recesso del venditore rappresentato. Sul punto cfr. Cass., 5.7.80, n. 4293, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 1090. Si possono esprimere dubbi in merito ad un simile inquadramento. Il recesso, infatti, presuppone sempre la preesistenza di un contratto già perfezionato rispetto al quale, per legge o per espressa previsione delle parti, un contraente ha la possibilità di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale. Nel caso di specie, invece, la riserva di conferma integra gli estremi di una riserva di prestare il consenso e, dunque, si pone in una fase anteriore alla conclusione del contratto, il cui perfezionamento presuppone l'accettazione della casa e la

Altri, infine, individuano nella clausola di conferma un patto di opzione a favore del predisponente con il quale il compratore rimane vincolato alla sua proposta irrevocabile e viene liberato da ogni obbligo decorso il termine previsto per l'accettazione dell'opzionario.²¹⁶

Le ricostruzioni proposte pongono, ciascuna per diversi aspetti, problemi di liceità della clausola "salvo approvazione della casa" per contrasto con la disciplina in tema di clausole vessatorie.

Anteriormente all'entrata in vigore del capo XIV bis del titolo II del libro IV del Codice civile, la giurisprudenza riteneva vessatorie ex art. 1341, 2° co., c.c. le clausole di conferma solo quando si concretizzavano nell'attribuzione convenzionale di una facoltà di recesso al predisponente²¹⁷.

Inoltre, sul presupposto che la clausola di ratifica non riduce l'ambito delle conseguenze del proprio inadempimento, già fissate dal legislatore o dal contratto, era stato negato, nel caso di specie, il rinvio alla disciplina delle clausole che limitano o escludono la responsabilità del predisponente.

L'avvento della normativa consumeristica ha rappresentato un'importante occasione per un ripensamento in chiave critica della clausola "salvo approvazione della casa" che, pur non essendo espressamente contemplata dagli artt. 1469 bis ss. c.c., stabilisce a favore del predisponente una vera e propria riserva di prestare il consenso.

L'inquadramento della clausola in esame, intesa come attributiva di un diritto di recesso, non solleva alcuna difficoltà ai fini di una valutazione in termini di vessatorietà. L'art. 1469 bis, n. 7 c.c. – l'attuale lettera g dell'art. 33, 2° co., c. cons. – sancisce espressamente la vessatorietà delle clausole che conferiscono al solo professionista la facoltà di recedere senza giusta causa, sottraendosi all'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto²¹⁸.

Ma anche volendo aderire alla teoria della condizione sospensiva, sorgono dubbi in merito alla natura meramente potestativa della riserva di conferma, posto che

sua conoscenza da parte del compratore, con una conseguente inversione dei ruoli di accettante (il venditore) e proponente (il compratore).

²¹⁶ Così RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU e MESSINEO, XXII, Milano, 1962, p. 49; UBALDI, *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCHLESINGER, Milano, 1999, p. 572.

²¹⁷ L'art. 1341, 2° co., c.c., infatti, non menziona nell'elenco di clausole vessatorie le condizioni sospensive potestative e, tanto meno, la riserva di conferma dalla quale si faccia dipendere la successiva conclusione del contratto. In tal senso, Cass. 4.2.87, n. 999, in *Giur. civ. Mass.*, 1987, II, p. 34.

²¹⁸ Sul punto cfr. ROPPO *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 287.

l'avveramento dell'evento dedotto nella clausola condizionale, dunque l'efficacia del contratto, dipende dal mero arbitrio del predisponente-alienante.

In questo caso, la clausola potrebbe essere posta nel nulla mediante il rinvio all'art. 1355 c.c. richiamato espressamente dall'art. 1469 bis c.c., n. 20 (che corrisponde alla lettera v dell'art. 33, 2° co., c. cons.)²¹⁹.

Infine, se si ritiene che la clausola di conferma attribuisca al professionista un diritto di opzione nei confronti del consumatore, si deve dubitare della sua liceità alla luce di quanto disposto dall'art. 33, 1° co., c. cons. E' innegabile, infatti, che essa può creare uno squilibrio a svantaggio della parte debole che si trova, nelle more dell'approvazione, in una situazione di soggezione alla quale corrisponde l'esercizio di un diritto potestativo da parte del predisponente.

Tornando alle regole di forma convenzionale utilizzate per limitare i poteri dell'incaricato, l'esame della clausola "salvo approvazione della casa" fa emergere una peculiarità del formalismo volontario: l'essere una delle espressioni più significative dell'autonomia negoziale del predisponente e, al contempo, l'agire in senso restrittivo sulla libertà contrattuale dell'aderente.

Nel caso di specie, l'introduzione di una riserva di conferma scritta può pregiudicare l'attuazione del regolamento negoziale nella misura in cui crea uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti quanto alla disponibilità del vincolo contrattuale.

A prescindere dalla ricostruzione alla quale si intende aderire, la clausola di conferma – sia essa una condizione potestativa sospensiva o una clausola attributiva di un diritto di recesso o di un diritto di opzione – presta ausilio indiscutibilmente ad un interesse proprio di una sola parte, ed è pertanto indispensabile interrogarsi sulla meritevolezza di questo interesse.

La clausola di cui si discorre, soprattutto nei contratti connotati da un'originaria situazione di squilibrio tra i contraenti quali sono i contratti del consumatore, deve essere valutata in relazione al significato che assume nella dinamica del singolo affare e alle concrete circostanze che accompagnano la stipula del contratto.

Ai fini di una pronuncia in termini negativi quanto al giudizio di vessatorietà, la riserva di conferma dovrà essere ancorata a parametri predefiniti dei quali il consumatore sia reso edotto al momento della conclusione del contratto.

²¹⁹ In tal senso cfr. IANNACCONE, sub *art. 1469 bis, c. 3, nn. 4 e 20*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di ALPA e PATTI, Milano, 2003, p. 229.

Delimitando *ex ante* l'operatività della riserva della "casa", la previsione della regola di forma continua ad asservire gli interessi del predisponente ma assume una valenza e un significato diversi: non più la manifestazione della volontà di "soffocare" l'altrui autonomia negoziale per perseguire scopi individuali pregiudizievoli per la controparte, bensì uno strumento di esercizio della libertà che l'ordinamento accorda ai privati. In questa prospettiva la forme convenzionali, utilizzate ai fini della conferma, superano il giudizio di liceità recuperando quella solidità che le contraddistingue nel loro essere il risultato dell'incontro dei consensi delle parti.

4. Clausole di forma che limitano o escludono la responsabilità del professionista: l'avviso di sinistro

L'analisi casistica mostra come le forme extralegali possono essere utilmente adoperate dal predisponente al fine di limitare la sua responsabilità.

Una simile constatazione rende necessario dischiudere l'indagine al fenomeno della limitazione convenzionale della responsabilità, a fronte degli aspetti di evidente problematicità che esso assume in relazione alla contrattazione standardizzata.

Quando tali clausole vengono concordate tra le parti, infatti, l'aggravio del rischio a carico di una parte può essere compensato con una diminuzione della controprestazione a favore dell'altra.

Il problema, dunque, si pone in presenza di clausole inserite nel contratto sotto forma di condizioni generali, poiché esse consentono al predisponente di sovvertire il regime legale di responsabilità a danno dell'aderente²²⁰.

E' interessante notare che il contraente forte può pervenire al medesimo risultato percorrendo differenti strade.

Il tema, pertanto, non può essere affrontato esclusivamente nell'ottica delle clausole di limitazione e di esonero della responsabilità²²¹: nella prassi applicativa, infatti, si

²²⁰ «Si tratta di un tipico fenomeno di normazione di gruppi economici che crea un diritto singolare, diverso da quello statale, a loro esclusivo vantaggio e a sfavore della collettività», così BENATTI, *Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di PORTALE, I, Milano, 1978, p. 163. L'Autore sottolinea come le clausole limitative non modificano solo i criteri di risarcimento del danno ma anche le conseguenze dell'inadempimento imputabile. Sul punto ID., *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, p. 65.

²²¹ La distinzione tra clausole di esonero e clausole limitative si basa non tanto su aspetti di tipo qualitativo, quanto sulla diversa misura della riduzione della responsabilità. Per un approfondimento sul tema cfr. ID. *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 400; ID., *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, p. 396; CABELLA

registra il frequente utilizzo di clausole che, pur non rientrando nella previsione dell'art. 1229 c.c. – e, con riferimento ai contratti del consumatore, nell'art. 33, 2° co., lett. b c. cons – consentono al predisponente di limitare, seppur indirettamente, la sua responsabilità per l'inadempimento degli obblighi contrattuali²²².

A tal proposito, è obbligatorio il rinvio al dibattito che da tempo coinvolge la civilistica italiana, impegnata nell'individuazione di un criterio discretivo tra clausole di limitazione della responsabilità e clausole di determinazione dell'oggetto²²³.

PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Trattato di diritto privato*, IX, *Obbligazioni e contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 231; PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità*, Milano, 1984; ID., *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 852; ID., *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile. Studio di diritto comparato*, Milano, 1974, p. 203; TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative*, in *Giust. civ.*, 1951, p. 249; D'ARCANGELO, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, p. 929.

²²² In passato si è sostenuto che la *ratio* dell'art. 1229 c.c. fosse quella di impedire che, attraverso il patto con cui si limita o esclude la responsabilità, si distruggesse il vincolo giuridico gravante sul debitore. In tal senso cfr. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, p. 380; TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ.*, 1951, p. 251. Altri, invece, hanno ritenuto che il divieto contenuto nella disposizione in esame abbia l'effetto di preservare l'equilibrio tra le prestazioni garantendo la reciprocità dei sacrifici delle parti ed impedendo, dunque, di causare uno squilibrio nel sinallagma. Sul punto cfr. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 29. Infine, vi è chi ha affermato che, attraverso l'art. 1229 c.c., il legislatore abbia voluto tutelare il credito, imponendo al debitore l'adempimento delle sue obbligazioni. In tal senso cfr. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità, Artt. 1228-1229*, in *Il Codice Civile Commentato*, a cura di BUSNELLI, Milano, 2003, p. 149 ss.; DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, p. 15; BIANCA, sub art. 1229, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro IV, Delle obbligazioni, artt. 1218-1229*, Bologna-Roma, 1979, p. 473. Analizza il rapporto tra art. 1229 c.c. e art. 33 c. cons. BUSNELLI, *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore (art. 1469 bis-1469 sexies)* in *Nuove leggi civ. comm.*, 1977, p. 771.

²²³ Poiché oggetto della conformazione riduttiva della responsabilità è l'obbligo di adempiere la prestazione, il confine tra clausole di cui all'art. 1229 c.c. e le pattuizioni sul contenuto del contratto diviene labile. A tal proposito si è sostenuto, in termini meramente generici, che le clausole di limitazione della responsabilità «riguardano il grado di colpa o comunque, limitano gli effetti dell'inadempimento imputabile»: così Cass. 4.2.2002, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1895; quelle relative all'oggetto, invece, delimitano la prestazione del debitore, precisando i termini, anche quantitativi, dell'obbligazione assunta da costui. Sul punto, con particolare riferimento al contratto di assicurazione, si veda PEDRAZZI, *Clausole limitative della responsabilità e oggetto del contratto: due recenti pronunce della Cassazione in materia assicurativa*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 643. Sulla difficoltà di differenziare le due tipologie di clausole, DI MAJO, *Clausole vessatorie e rischi assicurativi: un difficile confine*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 386. Sulla distinzione tra clausole di esonero e clausole di determinazione, è utile il rinvio alla pronuncia della Suprema Corte 11.1.2007 n. 395, in *Giust. civ. Mass.* 2007, p. 1 con la quale la Cassazione inaugura una nuova tendenza in punto di distinzione tra le due categorie di clausole. Chiamati a pronunciarsi sulla natura di una clausola inserita in un contratto di assicurazione che prevede l'intrasmissibilità del diritto di credito dell'assicurato agli eredi, nell'ipotesi di un decesso per una causa diversa dall'infortunio e prima della liquidazione dell'indennità, i giudici nomofilattici hanno escluso che una simile clausola afferisca all'oggetto del contratto, ritenendo che la stessa introduca una limitazione della responsabilità dell'assicuratore e che, pertanto, necessiti della specifica sottoscrizione. In tal modo, «la Corte interrompe una prassi giurisprudenziale diretta a ricomprendere nelle clausole delimitative dell'oggetto anche clausole che in realtà possono essere utilizzate per limitare la responsabilità dell'impresa, sulla base di una distinzione priva di fondamento giuridico ma assai comoda per le Compagnie che continuano ad avvalersi di tutta una serie di clausole fonte di rendita parassitaria ed eccedenti il corretto equilibrio tra premi e rischi»: così CECCHERINI, *Clausole abusive e contratto di assicurazione: verso un controllo di tipo sostanziale*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 8. In giurisprudenza si è affermato che: «la distinzione tra tali

La questione non ha un rilievo meramente nominalistico, posto che per le clausole delimitative dell'oggetto, della cui legittimità la dottrina maggioritaria non dubita, il Codice civile non prevede espressamente meccanismi di controllo²²⁴.

Inoltre, quando esse sono il frutto della predisposizione ad opera di un solo contraente, l'esigenza di individuare meccanismi protettivi è ancor più sentita dal momento che l'art. 1469 ter 2° co., c. c – l'attuale art. 34, 2° co., c. cons. – esclude che la valutazione del carattere vessatorio delle clausole possa attenersi alla «determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni o dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile».

Senza addentrarsi in un'indagine sistematica delle due tipologie di clausole, ai fini della presente ricerca è sufficiente constatare l'esistenza di numerose ipotesi nelle quali la determinazione dell'oggetto consente ad una parte di incidere negativamente nella sfera giuridica della controparte, limitandone o escludendone i diritti.

In questi casi, poco rileva che la clausola attenga alla determinazione dell'oggetto posto che anch'essa, pur differenziandosi nel suo profilo strutturale dalla clausola sulla responsabilità, si presta ad un uso illecito o quantomeno distorto dell'autonomia privata. Pertanto, è possibile individuare una netta linea di confine tra le clausole in esame solo quando ci si limiti ad un loro inquadramento di carattere formale²²⁵; al contrario, ponendosi in una prospettiva causalmente orientata, esse presentano un minimo comune

categorie di clausole risiede nell'attinenza del patto alla limitazione della responsabilità nascente dal contratto, ovvero alla discriminazione tra ciò che è compreso e ciò che non è compreso entro l'area di operatività del contratto stesso, rilevando che mentre le parti, di regola, sono libere di determinare, allargandone o restringendone la portata rispetto allo schema tipico, il contenuto del negozio, incontrano invece limiti nella limitazione convenzionale delle conseguenze della eventuale in esecuzione del negozio»: così Cass. 29.3.1976, n. 1129, in *Foro it.*, 1976, I, p. 1531.

²²⁴ Un simile vuoto normativo consente al predisponente di eludere la disciplina sugli accordi di limitazione della responsabilità, semplicemente dissimulando la clausola limitativa a sé favorevole e qualificandola nei termini di clausola relativa all'oggetto, al fine di sostenerne la validità e sottrarla all'applicazione dell'art. 1229 c.c. Pare utile, dunque, dar conto sinteticamente degli esiti ai quali è pervenuta la dottrina sul punto. Ai fini della concreta qualificazione della clausola unilateralmente predisposta, è necessario fare riferimento alla nozione di obbligo primario e secondario del predisponente. Quando la clausola incide su un obbligo primario, e cioè la prestazione oggetto del sinallagma contrattuale, essa rientra nel novero delle clausole delimitative dell'oggetto. Se, invece, essa limita l'obbligo di risarcire il danno causato dalla colpevole inattuazione dello scambio, può essere considerata un accordo in tema di responsabilità. Il criterio discrezionale così individuato non risolve i delicati problemi connessi all'inserimento di una clausola di determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto all'interno di un contratto standard. In queste ipotesi, infatti, il predisponente restringe l'oggetto della propria prestazione a svantaggio dell'aderente. Dunque, più che di "oggetto del contratto", sarebbe più corretto parlare di "oggetto della prestazione".

²²⁵ La ricostruzione che contrappone nettamente clausole di limitazione della responsabilità e clausole determinative dell'oggetto è stata oggetto di critica da parte di una dottrina attenta, seppur minoritaria. Per un approfondimento sul punto cfr. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Padova, 2003, p. 536.

denominatore che rende scarsamente praticabile la loro rigida contrapposizione poiché entrambe garantiscono il raggiungimento del medesimo risultato, anche se attraverso modalità differenti.

Diviene allora secondario stabilire se l'autoimposizione di un requisito di forma sia stata voluta per limitare la propria responsabilità, piuttosto che per determinare in senso restrittivo l'oggetto del contratto: ammettendo che anche le clausole determinative integrano una limitazione indiretta della responsabilità del predisponente, è possibile sindacarne il contenuto in nome della situazione di disparità tra le parti che esse generano²²⁶.

In tutti questi casi, il predisponente risponde, in apparenza, dei suoi eventuali inadempimenti; in realtà, attraverso l'espedito delle clausole di forma, rende legittima per lui una via d'uscita per sottrarsi all'adempimento delle sue obbligazioni.

Vediamo ora nel dettaglio un'ipotesi applicative in materia assicurativa, ambito nel quale è necessario valutare con particolare cautela l'impatto della disciplina delle clausole vessatorie²²⁷.

Ai sensi dell'art. 1913 c.c. l'assicurato è tenuto ad avvisare la compagnia assicurativa entro tre giorni dall'avvenuto sinistro o dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza²²⁸, in

²²⁶ «Nello specifico, la rilevanza attribuita alle c.d. limitazioni indirette potrebbe consentire un controllo di quei patti sull'oggetto che, al di là della qualificazione formale, finiscono nella sostanza con l'escludere o limitare i diritti riconosciuti al consumatore, eludendo la tutela minima garantita dalla novella»: così SINISCALCHI, *Limitazioni di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 494.

²²⁷ Sulla questione cfr. *ex multis*, CANDIAN, Albina, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di ALPA e PATTI, II, Milano, 1997, p. 955; VOLPE PUTZOLU, *Contratto di assicurazione clausole abusive*, in *Diritto privato* 1996, II, *Condizioni generali e clausole abusive*, Padova, 1997, p. 511, GALANTINI, *Attuazione della direttiva Cee 93/13 sulle «clausole abusive» e riflessi sul contratto assicurativo*, in *Assic.*, 1996, p. 200, LA TORRE, *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in *Assic.*, 1996, p. 129; POSTIGLIONI, *L'impatto della direttiva comunitaria 93/13, e della legge di attuazione 52/96, sulla prassi dei contratti assicurativi*, in *Resp. comunicazione impresa*, 1997, p. 75; RICCIUTO, *Note in tema di clausole abusive e rischio assicurativo*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 51; RUSSO, *L'incidenza della disciplina delle c.d. «clausole abusive» sui contratti assicurativi stipulati con i consumatori*, in *Assic.*, 1998, p. 251; POLOTTI DI ZUMAGLIA, *L'impatto della giurisprudenza sui contratti assicurativi alla luce della disciplina delle c.d. clausole abusive*, in *Resp. civ.*, 1999, p. 240.

²²⁸ Dottrina e giurisprudenza hanno discusso a lungo sulla natura dell'avviso. Taluno ritiene che esso sia un onere. In tal senso cfr. SANTI, *Il contratto di assicurazione*, Roma, 1965, p. 387. Altri riconducono il dovere di avviso nel novero degli obblighi accessori all'obbligazione principale del pagamento del premio ad opera dell'assicurato poiché l'inadempimento di un onere prescinde dalla sussistenza dell'elemento psicologico mentre, nel caso di specie, il legislatore dà rilevanza al dolo e alla colpa dell'assicurato. Sul punto cfr. CAIAFA, *Inosservanza del avviso all'assicuratore in caso di sinistro*, in *Arch. Circol.*, 1995, p. 141; COLOMBINI, *L'avviso del sinistro nel regime dell'assicurazione r.c. auto*, in *Arch. Circol.*, 1994, p. 368; FANELLI, *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, p. 18; ID., *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1981, p. 14; SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro quarto delle obbligazioni*, Bologna-Roma 1966, p. 366. In giurisprudenza cfr. Cass. 11.3.2005 n. 5435, in *Giust. civ.*, 2006, IX, p. 1851; Cass. 8.4.1997 n. 3044,

tal modo manifesta l'intenzione di esercitare il suo diritto ad ottenere l'indennizzo e pone l'assicuratore nella condizione di poter accertare in tempo utile le cause del sinistro e l'entità del danno sofferto dal suo cliente²²⁹.

Anche se l'avviso di sinistro è un atto a forma libera poiché il Codice civile non contempla alcun requisito al riguardo, di frequente le polizze assicurative prevedono che la comunicazione dell'avvenuto sinistro debba essere effettuata secondo modalità predeterminate unilateralmente dalla compagnia assicurativa.

L'imposizione di una forma volontaria è di per sé legittima non incidendo sulla disciplina del rapporto assicurativo²³⁰.

E' innegabile, tuttavia, che subordinare la denuncia del sinistro e la liquidazione del danno ad una determinata forma, spesso accompagnata da termini decadenziali piuttosto brevi, è un modo per limitare indirettamente la responsabilità dell'assicuratore.

Pertanto, la clausola contrattuale che ricollega all'inosservanza del vincolo formale la prescrizione del diritto alla prestazione assicurativa – estendendo in tal modo la sanzione di cui all'art. 1915 c.c. – deve essere sottoposta ad un esame critico al fine di valutarne la possibile vessatorietà.

Un simile termine contrattuale non è direttamente riconducibile nel novero delle clausole limitative o di esonero della responsabilità; ciò non esclude che possa determinare una situazione di significativo squilibrio tra i due contraenti comportando la perdita della copertura assicurativa.

La questione ha dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale.

Parte della giurisprudenza ha sostenuto che l'esplicita prescrizione di una forma determinata per l'avviso di sinistro rende inefficaci, e dunque inidonei ad interrompere la prescrizione del diritto ad ottenere la liquidazione del danno, tutte le comunicazioni diverse dalla forma originariamente pattuita²³¹.

Altra parte, invece, si è espressa a favore dell'abusività ex art. 1469 bis ss. c.c. delle clausole che «prevedono una forma particolare per le comunicazioni tra assicurato ed assicuratore», ritenendo superabile il requisito di forma convenzionale purché le

in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 556. Per la giurisprudenza di merito, nello stesso senso, cfr. Trib. Roma 18.2.2000, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2000, p. 543; Trib. Genova 13.2.1999, in *Dir. ec. assic.*, 1999, p. 719.

²²⁹ Sulle finalità dell'avviso di sinistro, che si collegano al dovere genericamente imposto dall'art. 1206 c. c al creditore di attivarsi per rendere possibile l'esecuzione della prestazione da parte del debitore, si è espressa anche la giurisprudenza. Cfr. Cass. 20.3.1964 n. 631, in *Assic.*, 1965, p. 2; Cass. 14.2.2000 n. 1642, in *Foro it.*, 2001, I, p. 634.

²³⁰ Sul punto cfr. ROSSETTI, *Natura e contenuto dell'obbligo di avviso e di salvataggio*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 2143.

²³¹ Così Cass. 26.3.2001, n. 4350, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, n. 588; Cass. 23.6.1975, n. 2493, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 1652.

modalità dell'avviso, per quanto diverse da quelle richieste nella polizza, siano state tali da porre l'assicuratore nella condizione di poter compiere gli accertamenti propedeutici alla liquidazione del danno²³².

A mio avviso, l'utilizzazione di una clausola deve essere inibita quando genera un consistente sbilanciamento tra le posizioni del predisponente e dell'aderente

Lo squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti rappresenta, ancora una volta, il parametro valutativo dal quale non si può prescindere ai fini del giudizio di vessatorietà. Esso si applica sia se la clausola che prevede una forma particolare per l'avviso di sinistro si reputa vessatoria ai sensi dell'art. 1469 bis, n. 20 (corrispondente all'attuale art. 33, 2° co., lett. b, c. cons.), sia quando la si consideri una clausola indirettamente limitativa della responsabilità che non rientra in una delle ipotesi contemplate dal legislatore nell'elencazione dell'art. 33, 2° co., c. cons.²³³.

Volendo ora riassumere gli esiti ricostruttivi ai quali si è pervenuti muovendo dall'analisi degli interessi perseguiti mediante il patto di forma, è possibile affermare quanto segue.

La disciplina del contratto di assicurazione non fornisce alcuna indicazione relativa alla possibilità per la compagnia assicurativa di stabilire una determinata forma per l'avviso di sinistro.

In assenza di un esplicito divieto, il ricorso ad una clausola di forma è legittimo in considerazione della libertà che l'art. 1352 c.c. riconosce ai privati.

Tuttavia, le disposizioni del Codice del consumo, nel caso di specie l'art. 33, 1° co. e 2° co, lett. b, consentono un incremento del livello di tutela accordata all'assicurato: la clausola di forma può essere dichiarata vessatoria se genera uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti in relazione al regime di responsabilità del professionista.

Le due disposizioni in esame, pur non riferendosi espressamente alla forma volontaria, confermano l'ipotesi ricostruttiva che il presente lavoro di ricerca intende dimostrare: esiste una prassi contrattuale che, calando le forme autoimposte nella dinamica della

²³² In tal senso C. App. Roma 7.5. 2002, in *Giur. romana*, 2002, p. 313; Trib. Roma, 5.10.2000, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 434, con nota di DE BERARDINIS, *Il contratto di assicurazione del consumatore e il contratto di assicurazione del professionista: note a margine di Trib. Roma 5.10.2000*. Sulla vessatorietà della clausola che prevede l'obbligo dell'assicurato di dare immediato avviso all'assicuratore dei mutamenti che aggravano il rischio cfr. Trib. Roma, 24.12.1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 727, con nota di DE CRISTOFARO, *Quale tutela cautelare per le clausole abusive?*

²³³ La clausola generale del significativo squilibrio si applica anche alle clausole «astrattamente riconducibili ai modelli elencati dal legislatore»: così LAMORGESE, *Clausole abusive e criteri di rilevazione: un itinerario giurisprudenziale*, in *Giur. civ.*, 2004, p. 514.

negoziante standardizzata, si risolve in uno strumento di abuso e sopraffazione del contraente forte che trae numerosi vantaggi dall'assenza di un'autentica convenzionalità. L'art. 1352 c.c., quale parziale manifestazione del fenomeno delle forme autoimposte, non può essere considerato l'unico referente normativo in materia ma deve inevitabilmente essere raccordato con le ipotesi, tutt'altro che infrequenti, che non disciplinano in apparenza le forme volontarie ma che, ad esito di un'indagine causalmente orientata, forniscono utili indicazioni sulle sorti della clausola di forma inserita nelle condizioni generali di contratto.

In caso contrario, in sterile omaggio al principio della libertà delle forme e condizionati dal *nomen iuris* adoperato dal legislatore, si assisterebbe ad una ingiustificata compromissione della libertà negoziale della parte debole, disattendendo la *ratio* dell'art. 1352 c.c. che senz'altro non legittima l'uso distorto dell'autonomia negoziale attraverso la forma extralegale.

Sulla scorta di queste riflessioni, si rende necessaria una valutazione della disciplina codicistica alla luce della normativa in tema di consumi.

La questione verrà affrontata nella parte finale del capitolo, dopo aver enucleato gli altri possibili utilizzi delle forme autoimposte, nella speranza di essere riusciti a chiarire che il formalismo volontario trova, nell'incontro con la contrattazione diseguale, un fattore di ulteriore diversificazione funzionale.

L'approccio teleologico, giova ribadirlo, consente di affrontare tematiche prodromiche all'analisi del rapporto tra Codice civile e Codice del consumo e, ai fini del presente lavoro di ricerca, dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons.

5. Clausole che limitano o rendono più oneroso l'esercizio dei diritti dell'aderente: i patti sulla prova e la denuncia del difetto di conformità nella disciplina della vendita dei beni di consumo

Nella prima parte del lavoro di ricerca è emersa l'impossibilità di scindere nettamente i profili sostanziale e processuale delle clausole di forma.

Il patto sulla forma pone sempre un problema di esclusione della prova anche quando è voluto dai contraenti per invalidare il negozio giuridico posto in essere senza la veste formale predeterminata dalle parti²³⁴.

Risulta impraticabile, dunque, l'automatica trasposizione della *summa divisio* forma *ad substantiam* vs. forma *ad probationem*, tipica del formalismo legale, nell'orbita del formalismo volontario.

In questa sede, si intende indagare il fenomeno delle clausole di forma unilateralmente imposte alle quali il predisponente attribuisce la funzione di limitare o invertire l'onere probatorio, interrogandosi sull'ammissibilità di tali pattuizioni²³⁵.

In linea di principio i privati, in attuazione dell'autonomia riconosciuta loro dall'ordinamento, possono derogare al regime legale in tema di riparto dell'onere probatorio, sempre che non si tratti di diritti indisponibili e che l'inversione o la modificazione introdotta non renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto della controparte. In questi casi, l'art. 2698 c.c. sancisce la nullità del patto sulla prova²³⁶.

I limiti individuati dalla disposizione valgono anche nelle ipotesi in cui si riserva la formazione della prova ad un determinato mezzo, escludendo il ricorso a modalità probatorie differenti²³⁷.

²³⁴ E' stato acutamente osservato che l'interesse a munirsi di una prova sicura trova piena realizzazione nell'elezione di una forma volontaria costitutiva. Il patto con cui una forma è richiesta ai fini costitutivi, dunque, è anche un patto sulla prova. Questo non significa che funzione costitutiva e probatoria si dissolvano l'una nell'altra e perdano la loro specifica individualità, ma che le due funzioni lungi dall'essere radicalmente incompatibili e alternative, Sul punto cfr. VERDICCHIO, *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*. cit., p. 236. Per un approfondimento dell'attenta analisi condotta sul punto dall'Autore si rinvia a ID., *Forme volontarie e accordo contrattuale*, cit., p. 416. In particolare l'A. sostiene che: «la convenzione sulla forma scritta esprima sempre una duplice volontà giuridicamente rilevante. La prima, manifestata in via diretta ed immediata col richiedere la scrittura ai fini costitutivi – ossia per la conclusione del futuro contratto –, non avente natura negoziale e qualificabile come riserva di volontà; la seconda, necessariamente implicata dalla prima e rivelata – quanto meno in modo implicito – dal fatto stesso dell'accordarsi e del pattuire, qualificabile come negozio giuridico (bilaterale) volto a disporre, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2725. 1° co., c.c. della prova testimoniale, escludendo la possibilità di farvi ricorso per fornire la dimostrazione del perfezionamento di quel contratto».

²³⁵ Interessanti, a tal proposito, i lavori preparatori al Codice civile: «per ovviare al pericolo che con tale facoltà si offra alla parte economicamente più forte il mezzo di porre nel nulla i diritti della parte più debole, è sancita la nullità del patto che abbia per effetto di rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto»: così Relazione al Re imperatore (n. 39), in *Codice civile. Libro della tutela dei diritti*, a cura di PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER e DALLARI, Milano, 1941, p. 72.

²³⁶ Il parametro che il legislatore stabilisce per valutare il patto sulla prova è una clausola generale, l'eccessiva difficoltà di esercitare i propri diritti, che l'interprete è chiamato a concretizzare attraverso una valutazione complessiva dei numerosi fattori dai quale tale difficoltà può dipendere. A titolo esemplificativo, si pensi alle difficoltà di accedere ad alcuni dati o a reperire del materiale, o ancora agli elevati costi da sostenere per effettuare determinati accertamenti. Per un approfondimento sul punto cfr. S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali. Art. 2697-2698*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1987, p. 196.

²³⁷ La formazione del materiale istruttorio trova in questi patti un forte fattore di condizionamento. Ne deriva, pertanto, la loro riconducibilità nel novero degli accordi modificativi dell'onere probatorio.

Le forme extralegali, pertanto, possono concretizzarsi in una limitazione dei diritti di una parte: stabilire che l'esistenza di un contratto debba essere provata per iscritto, vietando il ricorso alla prova testimoniale e alle presunzioni semplici – così come dispongono gli artt. 2725, 1° co. e 2729, 2° co., c. c – è, almeno in apparenza, un patto sulla prova.

Tuttavia, nella sua intima essenza, tale statuizione costituisce una chiara manifestazione della libertà riconosciuta ai privati dall'art. 1352 c.c. di determinare la forma ritenuta più idonea al perseguimento dei propri interessi²³⁸.

Analizzando la clausola alla luce della disciplina delle condizioni generali di contratto emergono dubbi in relazione alla sua validità poiché essa determina un aggravio della posizione processuale dell'aderente, impossibilitato ad avvalersi di tutti i mezzi di prova messi a disposizione dall'ordinamento²³⁹.

In questi casi la concreta azionabilità del diritto trova un ostacolo nella modifica convenzionale dell'onere della prova, con un'evidente alterazione dell'equilibrio contrattuale a scapito della parte debole²⁴⁰.

La disciplina delle condizioni generali di contratto non contiene alcuna indicazione al riguardo: in assenza di un esplicito riferimento alle pattuizioni sulla prova, non si può affermare che siano vessatorie *ex se*; anche se lo possono diventare nella misura in cui integrano una limitazione della responsabilità o delle facoltà di proporre eccezioni²⁴¹.

²³⁸ In questo senso cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 286; S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 193.

²³⁹ Non è da sottovalutare, inoltre, lo stretto legame tra le prove e l'accertamento degli accadimenti storici al quale è chiamato il giudice. «Sul piano processuale, i mezzi di prova costituiscono lo strumento attraverso il quale si perviene alla ricostruzione della "verità processuale". È questo collegamento tra mezzi probatori e verità storica oggetto di accertamento che costituisce il primo ed indubbiamente più importante limite alla possibilità di avvalersi di clausole relative alla ripartizione dell'onere probatorio tra le parti»: così AMBROSOLI, *Le clausole che regolano l'onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1406.

²⁴⁰ In materia bancaria sono frequenti le clausole contrattuali che attribuiscono efficacia probatoria esclusivamente a documenti scritti e, per lo più, di provenienza unilaterale della banca. Sul punto cfr. CECERE, sub *artt. 1469 bis 9-15*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di BARENGHI, Napoli, 1996, p. 86; MARTORANO, *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di CESARO, Padova, 1994, p. 127; SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulle "clausole abusive" e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1993, I, p. 553. Parte della giurisprudenza si è espressa a favore della piena validità di queste clausole, sul presupposto che esse non sono in contrasto con l'art. 2698 c.c. perché si limitano a ricollegare l'efficacia probatoria a determinate registrazioni che le parti ritengono assistite da una presunzione di attendibilità. Sul punto cfr. Cass. civ., 29.1.1982, n. 575, in *Foro it.*, 1983, I, p. 1990; C. App. Milano, 19.11.1999, in *Giur. milanese*, 2000, p. 28; C. App. Milano, 6.8.1999, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 415; Trib. Roma, 21.1.2000, in *Corr. giur.*, 2000, p. 496.

²⁴¹ Le ipotesi di vessatorietà contemplate dall'art. 1341 c.c., pur potendo essere interpretate estensivamente, sono da considerarsi tassative, in quanto derogano al principio generale della libertà formale. In questo senso cfr. S. PATTI, sub *artt. 1339, 1340, 1341, 1342 c.c.*, in *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCHLESINGER, Milano,

Obbligatorio, a tal proposito, il rinvio all'1469 bis, 3° co., n. 18 c.c. (che corrisponde alla lettera t dell'elenco di clausole di cui all'art. 33, 2° co., c. cons.)²⁴².

La disposizione stabilisce la vessatorietà fino a prova contraria delle clausole dirette a “sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi”.

Le clausole contemplate in questa lettera possono essere distinte in due sottocategorie: quelle che lasciano integro l'arsenale probatorio a disposizione di una parte ma disciplinano il rischio del mancato raggiungimento della prova in modo diverso da quanto disposto dall'art. 2697 c.c. e quelle che riservano l'ammissibilità della prova solo ad alcuni elementi probatori, genericamente la forma scritta, sui quali potrà appoggiarsi la decisione giudiziale²⁴³.

Non si può revocare in dubbio che questo secondo tipo di clausole rientri nel *genus* delle clausole di forma con le quali si rende significativamente onerosa la prova.

E' possibile, allora, individuare un collegamento tra l'art. 2698 c.c. e l'art. 33, 1° co., c. cons. ed utilizzare i parametri elaborati dalla giurisprudenza in tema di prove per procedere alla valutazione dello squilibrio rilevante ai fini del giudizio di vessatorietà secondo la disposizione consumeristica.

1993, p. 370; MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ, III, Torino, 1988, p. 334; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 280.

²⁴² La disposizione riproduce il contenuto della lettera q, dell'art. 3, par. 3 dell'All. 1 alla Direttiva 93/13/CEE (a sua volta formulato sul modello del § 11, n. 15, dell'AGB-Gesetz) secondo il quale devono considerarsi abusive le clausole che hanno per oggetto o per effetto di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, limitando in modo indebito i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova diverso rispetto a quello previsto dalla legge applicabile. Taluno ritiene che il requisito dell'eccessiva difficoltà della prova, dal quale l'art. 2698 c. c fa dipendere la nullità del patto sulla prova, sia *in re ipsa* nei contratti del consumatore. In quest'ottica, la natura complessa dei procedimenti produttivi e la difficoltà di fornire la prova, a fronte della situazione di debolezza e delle frequenti asimmetrie informative che connotano l'ambito consumeristico, giustificerebbero il rinvio all'art. 2698 c.c. in considerazione dello status di consumatore della parte debole. Sul punto cfr. S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali. Art. 2697-2698*, cit., p. 196. Si tratta, a mio avviso, di una visione non condivisibile, basata sull'esistenza di uno “status” di consumatore del quale si tende oggi a dubitare.

²⁴³ E' stato giustamente osservato che anche le clausole che ricollegano l'efficacia probatoria solo a determinati mezzi di prova determinano, seppur implicitamente, un'inversione dell'onere probatorio e, come tali, rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 33, 2° co., lett. b, c. cons. Sul punto cfr. CONTE, sub art. 2698 c.c. in *Commentario al codice civile*, a cura di CENDON, Milano, 2008; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2005, p. 78; LAPERTOSA, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 709; CENDON e ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 757; TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 733; VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 715; ANDRIOLI, *Prova* (diritto processuale civile), in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 261.

Nelle ipotesi in cui la forma convenzionale limiti le facoltà probatorie, il significativo squilibrio si sostanzia nel rendere eccessivamente onerosa per il consumatore la prova dei fatti costitutivi dei suoi diritti o dei fatti modificativi o estintivi del diritto vantato dalla controparte.

Pertanto, anche quando tali clausole non abbiano per oggetto ma solo per effetto la restrizione delle facoltà probatorie dell'aderente devono essere considerate vessatorie²⁴⁴. Limitatamente all'ambito consumeristico una clausola di questo tipo è nulla e il consumatore potrà avvalersi di qualsiasi mezzo di prova per dimostrare il perfezionamento di un accordo modificativo del patto di forma.

La conclusione di queste premesse si sintetizza nell'attribuzione del carattere vessatorio alle clausole contrattuali che, mediante l'imposizione di un vincolo di forma, modificano le posizioni processuali delle parti della lite.

Siamo in presenza di un una clausola tipo processuale-probatorio che presenta i connotati di un patto sulla forma limitativo delle facoltà probatorie del consumatore.

Questa impostazione consente di tracciare un quadro più articolato della disciplina consumeristica e di ribadire che lo studio delle forme autoimposte non può scindersi nell'esame fine a se stesso del profilo processuale e sostanziale del vincolo di forma.

A tal riguardo, interessa svolgere qualche considerazione su un'ipotesi, piuttosto frequente nella prassi, nella quale il ricorso alla forma volontaria può essere pregiudizievole per il consumatore.

Con riferimento alla disciplina della vendita dei beni di consumo, l'art. 132, 2° co., c. cons., che riproduce il contenuto dell'art. 1519 *sexies*, 2° co., c. c.²⁴⁵, stabilisce a carico del consumatore l'onere di denunciare al venditore il difetto di conformità entro due mesi dal giorno della sua scoperta.

Come rilevato in merito all'avviso di sinistro in materia assicurativa, anche le disposizioni sulla vendita dei beni di consumo non forniscono alcuna indicazione sulla forma della denuncia di non conformità del bene.

²⁴⁴ Sul punto CONSOLO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.* 1997, p. 475.

²⁴⁵ Per una panoramica generale sull'art. 1519 *sexies* c.c., cfr. COGNOLATO, sub. *art. 1519 sexies c.c.*, in *Codice del consumo, Commentario* a cura di VETTORI, Milano, 2007, p. 982; CORSO, sub *art. 1519 sexies c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 2005, p. 154; RICCI, sub *art. 1519 sexies c.c.*, in *Commentario sulla vendita dei beni consumo*, a cura di PATTI, Milano, 2004, p. 340; DI MARCO, sub *art. 1519 sexies c.c.*, in *La vendita dei beni di consumo. Commentario breve agli artt. 1519 bis ss. c.c.*, a cura di BERTI, Milano, 2004, p. 75; AGOSTINELLI, sub *art. 1519 sexies c.c.*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di GAROFALO, Padova, 2003, p. 570; DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000, p. 20.

Mentre la dottrina è intervenuta nel fare chiarezza sui termini previsti dalla disciplina consumeristica – termini che, è noto, divergono da quelli più brevi indicati dall'art. 1495 c.c. – permangono dubbi interpretativi in relazione alle modalità e alla forma della denuncia.

E' sufficiente un rapido sguardo alla normativa in tema di vendita in generale, anche se tale considerazione può essere validamente estesa ad altri contratti tipici quali il contratto d'opera e l'appalto, per affermare che il legislatore non ha previsto un requisito di forma per la denuncia del vizio effettuata dal compratore o dal committente²⁴⁶.

Pare azzardato, dunque, identificare nella figura del consumatore l'unico destinatario di un vincolo formale legale, in considerazione dello spirito protezionistico che ispira la normativa consumeristica²⁴⁷.

Escluso che l'utilizzo di una forma determinata ottemperi una prescrizione di legge, ne deriva che il requisito di forma eventualmente previsto per la denuncia ha natura volontaria.

Non di rado il predisponente, mediante un patto successivo alla denuncia del difetto di conformità, subordina la risoluzione del contratto alla denuncia scritta del difetto.

A tal proposito, valgono le considerazioni poc'anzi effettuate in relazione alla forma dell'avviso di sinistro.

Indubbiamente si tratta di una clausola di forma con la quale il venditore limita i diritti riconosciuti al consumatore che chiede la risoluzione del contratto a fronte di un difetto riconducibile ad un'inesatta attività di riparazione del bene di consumo ad opera del professionista.

²⁴⁶ Il riferimento è agli artt. 1495, 1° co., c.c. per quanto concerne il contratto di compravendita, 1667, 2° co., c.c. per il contratto di appalto e 2236, 2° co., c.c. per il contratto d'opera. Per una panoramica generale sulla disciplina dei vizi in tema di compravendita e sul rapporto tra quest'ultima e le disposizioni consumeristiche sulla vendita dei beni di consumo cfr. ADDIS, *La fornitura di beni di consumo: «sottotipo» della vendita?*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, p. 588; COGNOLATO, *Denuncia dei vizi nella vendita tra «nuova» e «vecchia» disciplina*, in *Obbl. e Contr.*, 2005, p. 304; TRIOLA, *La denuncia dei vizi nella disciplina della vendita*, in *Nuova giur. comm.*, 1992, p. 1.

²⁴⁷ «Sarebbe del tutto irragionevole imporre al consumatore, ai fini della presentazione della denuncia del difetto di conformità, l'onere di rispettare requisiti di forma più gravosi di quelli posti a carico del "semplice" compratore/committente»: così DE FRANCESCHI, *Denuncia del difetto di conformità*, in *Stud. iuris*, 2008, p. 598. Nel medesimo senso Di MARCO, *Forma e formalismo in tema di denuncia di conformità nella vendita dei beni di consumo*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 514: «Legittima appare dunque l'ammissibilità di una denuncia, ex art. 132 c. cons., resa senza forme particolari (ivi compresa la semplice consegna), in quanto, rinviando l'art. 135, 2° co., c. cons. alle disposizioni del Codice civile in tema di vendita, per quanto non previsto dal Titolo III del codice del consumo, è consentito all'interprete un richiamo diretto [dell'art. 1495 c.c.](#) e delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali di tale disposizione».

In presenza di una clausola con cui si individuano particolari modalità di presentazione della denuncia ai fini della risoluzione del contratto, l'autorità giudiziaria è chiamata a porre in essere una delicata attività interpretativa per chiarire se una clausola di questo tipo è valida in ambito consumeristico.

L'analisi delle sentenza in materia mostra come la giurisprudenza abbia trascurato la problematica in esame.

In alcune pronunce di merito, i giudici hanno ritenuto valido il patto che prevede una determinata forma per la denuncia del vizio, escludendo che la mera consegna del bene al venditore e l'esposizione verbale dei difetti di conformità siano sufficienti ad evitare il termine decadenziale di cui all'art. 132 c. cons²⁴⁸.

A mio parere far dipendere il giudizio di validità del patto sulla forma da un parametro di natura temporale, sempre che esso incida in senso peggiorativo sui diritti del consumatore, non consente di impostare correttamente la questione.

Ai sensi dell'art. 1519 nonies c.c.: «Le disposizioni del presente paragrafo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico».

Un'attenta dottrina ha sottolineato che tra queste norme rientrano senza dubbio gli artt. 1469 bis ss. c.c.

Pertanto, la linea di discriminare tra patti nulli e patti validi non può consistere nell'applicazione di un criterio cronologico: il rinvio alla disciplina sulle clausole vessatorie consente di affermare la nullità di qualsiasi patto limitativo dei diritti del consumatore, a prescindere dal momento nel quale esso si è concluso²⁴⁹.

Nel caso di specie, l'imposizione di un vincolo di forma si traduce nell'esclusione del rimedio della risoluzione del contratto, il che equivale a limitare ingiustamente i diritti del consumatore.

Se la denuncia è un atto finalizzato alla tutela delle ragioni della parte debole, non si comprende come l'aggravamento dell'onere probatorio attuato mediante l'elezione di un requisito di forma possa superare indenne il controllo di cui all'art. 134 1° co., c. cons²⁵⁰.

²⁴⁸ Così Gdp Bari 8.3.2006; Gdp 16.5.2005, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 511.

²⁴⁹ Sul punto cfr. SINISCALCHI, *Limitazione di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, in *Danno e resp.*, 2005, 484; DALLA MASSARA, sub art. 1519 nonies, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di GAROFALO, MANNINO, MOSCATI e VECCHI, Padova, 2003, p. 721.

²⁵⁰ Sul punto cfr. SINISCALCHI, sub art. 134, in *Codice del consumo*, *Commentario* a cura di VETTORI, Padova, 2007, p. 1007.

Ma anche ammettendo che la clausola in esame sia conforme al giudizio di cui all'art. 134, 1° co., c. cons., è doveroso verificare se, ed eventualmente in che modo, essa incide sui diritti riconosciuti al consumatore alla luce della previsione contenuta nell'art. 33, 1° co., c. cons.

Vi è di più, è lecito richiamare l'art. 33, 2° co., lett. b., c. cons. nella misura in cui il patto sulla forma previsto per la denuncia di conformità del bene conduce all'inoperatività del meccanismo risolutorio e, sostanzialmente, alla irresponsabilità del professionista. Da questo punto di vista l'art. 134, 1° co., c. cons. detta una regola già presente nel Codice del consumo.

E' altresì configurabile il rinvio all'art. 33, 2° co., lett. t., c. cons.: subordinare l'esercizio di un diritto all'utilizzo di una determinata forma equivale ad introdurre deroghe alle regole in tema di riparto dell'onere probatorio.

Nella prospettiva dell'esegesi della lett. q, questa impostazione evidenzia lo stretto legame esistente tra formalismo convenzionale, limitazione della responsabilità del professionista e dei diritti del consumatore.

Si potrebbe obiettare che, sotto il profilo disciplinare, questo inquadramento non comporta un aumento di tutela per il consumatore che può contare sulla previsione contenuta nell'art. 33, 2° co., lett. t., c. cons., a prescindere dalla riconducibilità delle clausole ivi contemplate nel novero delle clausole di forma.

Tale assunto merita di essere revocato in dubbio poiché, a mio avviso, sottovaluta il *surplus* di tutela che questa ricostruzione garantisce al consumatore.

Il *genus* "patti sulla prova" contiene al suo interno sia clausole aventi unicamente ad oggetto il tema della prova, sia clausole che, seppur indirettamente, si traducono in una modifica sostanziale del rapporto tra le parti.

A questa seconda categoria può essere ricondotta la clausola di forma nella veste di patto sulla prova, attraverso la quale è possibile eludere l'applicazione di disposizioni in tema di responsabilità o limitare ingiustamente diritti del consumatore che non afferiscono alla sfera prettamente processuale.

Se ciò è vero, si assiste ad un ampliamento dei controlli ai quali tale clausola deve essere sottoposta e, dunque, ad un incremento della tutela accordata alla parte debole, che può fare affidamento su una pluralità di disposizioni per sostenere la natura vessatoria di una simile prescrizione.

Alla luce di tali riflessioni, nel dubbio sul significato da attribuire alla clausola di forma limitativa delle facoltà probatorie della parte debole, si deve accogliere l'interpretazione

che conduce alla dichiarazione di vessatorietà ogni qualvolta tale clausola non sia sorretta dalla condivisibile esigenze di una corretta allocazione dell'onere probatorio, ma si limiti ad assicurare posizioni di vantaggio ad una delle parti in lite.

6. La disciplina delle clausole vessatorie dal Codice civile al Codice del consumo

Dopo aver analizzato alcune delle più significative ipotesi di clausole che, a vario titolo, determinano una situazione di squilibrio tra le parti di un contratto, si intende rivolgere la propria attenzione ai controlli previsti al riguardo dal Codice civile e dal Codice del consumo.

Non è necessario sottolineare quanto la questione sia gravida di pesanti implicazioni in relazione al tema di ricerca e sia prodromica allo studio delle clausole di forma inserite nel contratto tra consumatore e professionista come condizioni generali.

Per comprendere le ragioni di tutela e lo spirito protezionistico alla base della normativa consumeristica, infatti, è opportuno individuare i principali difetti e delle mancanze che contraddistinguono le disposizioni del Codice civile in materia.

Il legislatore del '42 predispose un apparato di controllo inadeguato nei confronti delle condizioni generali di contratto, apprestando strumenti di sostegno del contraente debole troppo generici e trasversali²⁵¹.

Gli articoli 1341, 1342, 1370 c. c, accogliendo le istanze produttivistiche tese all'uniformazione dei rapporti con l'utente, individuano un meccanismo di protezione meramente formale, stante l'assenza di qualsiasi controllo di tipo contenutistico²⁵².

²⁵¹ Si rinvia, a tal proposito, alla Relazione al Codice civile, n. 612 in cui viene manifestata l'esigenza di ovviare ad ogni abuso «connesso con la pratica dei contratti di adesione». Sul punto, Di MAJO, *Il contratto precostituito: le condizioni generali di contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 1998, p. 605.

²⁵² L'art. 1341, 2° co., c. c prevede che non possono sortire alcun effetto le clausole particolarmente gravose, se non in quanto appositamente e separatamente sottoscritte dal contraente che non le ha predisposte. Il sistema della specifica sottoscrizione può essere ricondotto essenzialmente a due fondamenti giustificativi. Innanzitutto, l'esaltazione dell'elemento della negozialità: estraendo le clausole in esame dall'intero testo contrattuale, ne viene data maggior visibilità e l'aderente viene reso direttamente partecipe del meccanismo di formazione del contratto attraverso un atto di volontà (l'accettazione) per il quale è richiesta una forma particolare. In tal modo, la mancanza delle trattative viene sostituita da un adempimento che, seppur di natura esclusivamente formale, dovrebbe garantire la conoscenza e l'accettazione del contenuto del contratto ad opera dell'aderente. Al di là dei profili di forma, sembra più realistico sostenere che la *ratio* della duplice sottoscrizione consiste nel richiamare l'attenzione del contraente debole sulla gravità delle conseguenze che discendono dall'utilizzo di determinate clausole: solo attraverso la comprensione della reale portata delle condizioni contrattuali, è possibile assumere opportune cautele contro eventuali abusi del predisponente. In realtà, la doppia sottoscrizione legittima implicitamente il contegno fraudolento del contraente forte, risolvendosi in una

La disciplina delle condizioni generali di contratto esprime una politica del diritto sfavorevole alla parte debole, tenuta ad acquistare contezza del contenuto delle condizioni imposte dal predisponente²⁵³.

Se, dunque, il legislatore codicistico ha voluto preservare l'aderente da eventuali comportamenti prevaricatori della controparte, è del pari innegabile che non si sia spinto al di là di un mero controllo formale dell'attività del predisponente, gravato esclusivamente dell'obbligo di rendere riconoscibili le clausole.

Non è possibile affrontare compiutamente le numerose critiche mosse dalla dottrina nei confronti del sistema di tutela apprestato dal legislatore del '42: la tematica richiederebbe un approfondimento che non può essere svolto in questa sede ed inoltre è già stata ampiamente dibattuta dai più autorevoli esponenti della civilistica italiana²⁵⁴.

Sinteticamente, i punti deboli della disciplina codicistica si individuano nell'assenza di controlli contenutistici e nella predisposizione di un rimedio formale, ontologicamente inadeguato ad assicurare l'effettiva partecipazione dell'aderente al procedimento di formazione del contratto²⁵⁵.

mera indicazione degli oneri di forma che costui è tenuto a rispettare. Solo con riferimento ai contratti che si concludono verbalmente, l'art. 1341, 2° co., c. c ha il merito di privare di effetto le clausole vessatorie posto che, proprio in ragione delle circostanze nelle quali il contratto si perfeziona, il predisponente non può osservare il vincolo della forma scritta. Sul punto cfr. GABRIELLI, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1977, I, p. 260.

²⁵³ Sul dovere di conoscere le condizioni generali di contratto cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 906. Secondo l'Autore il dovere che grava sull'aderente «ha un contenuto complesso, perché riguarda: la conoscenza del fatto stesso che esistono condizioni generali del predisponente, riferite al contratto in questione; la loro accessibilità; la loro comprensibilità. In altre parole, le clausole standard non vincolano l'aderente se questi avrebbe dovuto impiegare un particolare sforzo per scoprire che il predisponente regola i suoi contratti mediante condizioni generali; o, avendolo scoperto, per acquisirne il testo; o, avendone acquisito il testo, per comprenderne il significato».

²⁵⁴ «È facile che l'aderente, di fronte alla formula che richiama le clausole onerose, firmi meccanicamente senza leggerle e valutarle. Anche ammesso che le legga, le valuti e le contesti, ben difficilmente ne otterrà la modifica dal predisponente: se è molto tenace e orgoglioso, potrà rinunciare al contratto e rivolgersi a un altro fornitore; ma è facile che ovunque vada, egli s'imbatta nelle stesse condizioni standard, di fatto non modificabili. Quella dell'art. 1341 è, in definitiva, una protezione formale e non stanziale: non impedisce che nei contratti predisposti entrino clausole svantaggiose per gli aderenti, parte debole del rapporto»: così ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 910. Cfr. anche BESSONE, *Contratti di adesione, «potere normativo d'impresa» e problemi di «democratic control»*, cit., p. 2028; ID., *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, p. 336; DI MAJO, *Il controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 190.

²⁵⁵ Sottolinea l'insufficienza di una tecnica di controllo meramente procedimentale BOCCHINI, *Contratti per adesione*, cit., p. 198, secondo il quale: «l'onere di forma della specifica sottoscrizione non è in grado di suscitare la dovuta riflessione nel contraente aderente, che con analoga disinvoltura ed ignoranza del contenuto contrattuale reitera le sottoscrizioni».

Prolissità, tecnicismo, modalità di presentazione (di frequente le condizioni generali sono riprodotte in caratteri minuscoli), esigenze di celerità costituiscono un ostacolo alla conoscenza ponderata del regolamento negoziale da parte dell'aderente²⁵⁶.

Il sistema delineato dal Codice del 1942, pertanto, ha destato un unanime coro di insoddisfazione in seno al formante dottrinale²⁵⁷ poiché non ha saputo affrontare i principali nodi problematici connessi all'utilizzo delle condizioni generali di contratto²⁵⁸, in particolare la questione dell'effettività del consenso e della conoscenza del contenuto delle clausole predisposte unilateralmente²⁵⁹.

²⁵⁶ Un'altra questione problematica strettamente connessa all'uso di condizioni generali e all'assenza di effettivi meccanismi di tutela del contraente debole riguarda il contegno di quest'ultimo. L'aderente, infatti, si autoconvince della natura tendenzialmente immutabile del contenuto contrattuale e, proprio in virtù di una simile convinzione, si astiene dall'esaminare attentamente le condizioni. Anche ammettendo che abbia valutato con ponderazione i propri interessi ed i rischi connessi all'inserimento di determinate clausole, di frequente non esistono nel mercato opzioni differenti. Nella alternativa secca tra il contrattare o meno, si delinea una situazione di assoluta soggezione dell'aderente.

²⁵⁷ Il principio di uguaglianza sostanziale, di cui all'art 3, 2° co. della Costituzione impone scelte qualitativamente diverse da quelle contenute negli articoli 1341 ss c.c. In dottrina, dunque, non sono mancati tentativi volti a consentire un controllo sostanziale delle clausole vessatorie. Sul punto cfr. CAVALLI, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di PORTALE, I, Milano, 1978, p. 128. Sulle critiche avanzate dalla dottrina nei confronti della previsione contenuta nell'art. 1341 c.c. cfr. ALPA, *Programmi e progetti del Consiglio d'Europa e della Comunità Economica Europea in materia di contratti standard*, in *Foro it.*, 1977, V, p. 7; WILSON, *Freedom of Contract and Adhesion Contracts*, in *14 Int. Comp. Law Quarterly*, 1965, p. 172; TONDO, *Evoluzione della disciplina giuridica dei contratti per adesione*, in *Riv. not.*, 1995, p. 1; TORIELLO, *Le proposte di riforma*, in *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1997, p. 108.

²⁵⁸ Tra questi, è doveroso ricordare l'acceso dibattito in relazione al significato dell'inoperatività della clausola non specificamente approvata per iscritto. Parte della dottrina ha ritenuto di dover applicare la disciplina dell'inefficacia, e non quella della nullità, per evitare l'operatività dell'art. 1419, 1° co., c.c. (quindi, il venir meno dell'intero contratto) con manifesto pregiudizio per il consumatore ed in contrasto con le specifiche finalità di tutela della normativa. Per un approfondimento sul punto cfr. *ex pluribus*, NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento del contratto*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 547; MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 45; GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 403; ALCARO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996, p.1119; A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti dei consumatori» le condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 501; VENOSTA, *Condizioni generali di contratto, forma della ratifica e nullità parziale del contratto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, p. 646.

Altri hanno preferito il richiamo alla nozione di nullità. In particolare, viste le peculiarità di tale forma di invalidità, che accorda protezione ad una particolare categoria di contraenti, si ritiene esistente uno statuto differente dalla disciplina generale di cui agli artt. 1418 ss. c.c. Da qui il carattere relativo della nullità e la sua rilevanza d'ufficio. Sul punto cfr. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; ID., in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, sub. *Art. 1469-quinquies comma 1, 3 e 5*, a cura di Vettori, Padova, 1999, p. 158; GENOVESE, Anteo, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 802; AULETTA, *Le condizioni generali di contratto*, a cura di BIANCA, 1979, I, p. 3; DE NOVA, *Nullità relativa e nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 485.

²⁵⁹ Le obiezioni mosse dalla dottrina nei confronti del sistema di controlli delineato dall'art. 1341 c.c. non ne hanno ostacolato l'applicazione ad opera della giurisprudenza: un recente studio, infatti, dimostra come gli artt. 1341 e 1342 c.c. rientrino nel novero delle dieci disposizioni del Codice civile maggiormente applicate dalle corti. Sul punto, DE NOVA, *Le top ten del titolo sui contratti in generale*, in *Contratti*, 2004, p. 977.

Nel tentativo di prospettare soluzioni che assicurino una protezione effettiva della parte debole, il legislatore ha accolto le sollecitazioni della dottrina²⁶⁰ introducendo nel Libro IV, titolo II del Codice civile il capo XIV bis, rubricato “Dei contratti del consumatore”.

La prassi applicativa, infatti, ha evidenziato le divergenze esistenti tra i modelli di controllo apprestati dai vari ordinamenti europei in tema di condizioni generali di

²⁶⁰ In realtà, da più parti si era tentato, ancor prima dell'entrata in vigore della riforma, di individuare nella disciplina vigente meccanismi correttivi capaci di ovviare agli inconvenienti e alle lacune della tutela formale apprestata dall'art. 1341 c.c. Per tale via, si era avanzata la possibilità di ricorrere alla clausola generale della buona fede integrativa per legittimare l'intervento correttivo del giudice volto ad espungere dal regolamento negoziale le clausole eccessivamente onerose. Sul punto cfr. CANNATA, *L'adempimento in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO, Torino, 1984, p. 302; DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 1.

²⁶¹ Il riferimento è agli artt. 1469 bis-1469 sexies, introdotti a seguito di un travagliato iter legislativo dall'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 1994, pubblicata in G.U., 10 febbraio 1996, n. 34, Supplemento ordinario) attuativa della Direttiva 93/13/Cee del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con il consumatore. La legge attuativa, che si inserisce all'interno di vasto quadro normativo volto a tutelare il consumatore, si pone l'obiettivo di garantire l'equilibrio tra le posizioni contrattuali del professionista e del consumatore, nella consapevolezza dei possibili abusi che il primo potrebbe attuare nei confronti del secondo. Tale finalità spiega la collocazione delle disposizioni dopo gli istituti della rescissione e della risoluzione, anch'essi strumenti per ripristinare l'equilibrio tra i contraenti. Per una panoramica generale sul nuovo capo XIV bis del Codice civile, cfr. *ex multis*, S. PATTI, *Sulla riforma del quarto libro del codice civile: i contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, VI, p. 205; BIANCA, BUSNELLI e BIGLIAZZI GERI, *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore: artt. 1469 bis-1469 sexies*, Padova, 1999; GRANIERI, *Contratti dei consumatori: verso una stabilizzazione degli strumenti di tutela?*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 905; RUFFOLO (a cura di), *Clausole vessatorie e abusive. Gli artt. 1469 bis e ss. e i contratti del consumatore*, Milano, 1997; BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996; BERNARDINI, ROSSI, FUXA SADURNI e DI GIULIO, *Commento alla legge 6 febbraio 1996, n. 52 (artt. 1469 bis-1469 sexies del codice civile)*, in *Impresa*, 1996, p. 453; CIAN, *Il nuovo capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del Codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Stud. iuris*, 1996, p. 415; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 145; NAPOLITANO, *Con la modifica al codice civile proibite le clausole vessatorie*, in *Guida dir.*, 1996, p. 51; ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive (vessatorie) nei contratti tra professionista e consumatore: artt. 1469 bis e seg. c.c.*, in *Dir. priv.*, 1996, II, p. 107. Sulla Direttiva CEE, *ex multis*, ARENA, *La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive. Suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in *Giur. merito*, 1998, p. 156; DE NEGRI, *La tutela di matrice comunitaria nei confronti delle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Dir. comm. internaz.*, 1998, p. 173; TEUBNER, *Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies*, in *Mod. L. Rev.*, 1998, p. 11; BIANCA e ALPA (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: l'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova, 1996; CARBONE, *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13/Cee*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 250; ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 46; BUSNELLI e MORELLO, *La direttiva 93/13 Cee del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, p. 370; GIAMPIERI, *L'attuazione della direttiva sulle clausole abusive negli stati dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 551; ALPA, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 1994, p. 113; DESIDERIO, *Clausole abusive: la tutela del contraente nella normativa Cee*, in *Società e dir.*, 1994, p. 266; A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 467; RIZZO, *Le clausole abusive: realtà e prospettive. La direttiva Cee del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 582; S. PATTI, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 73; SCIARRONE ALIBRANDI, *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria 93/13*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1993, I, p. 714.

contratto: da qui, la necessità di un intervento di armonizzazione al fine di ridurre le diversità nel trattamento di imprese e consumatori provenienti dai Paesi della Comunità Europea²⁶².

Nonostante l'iniziativa del legislatore comunitario sia stata accolta positivamente dalla civilistica italiana²⁶³, sin dall'inizio numerose difficoltà si sono fraposte all'opera di armonizzazione e non sono mancate critiche all'indomani della legge di recepimento²⁶⁴.

Perseguendo un obiettivo di armonizzazione minima, la Direttiva comunitaria ha lasciato liberi i singoli ordinamenti di potenziare il livello di protezione accordata al consumatore. In tal modo, il trattamento giuridico dei rapporti di consumo muta da Paese a Paese, disattendendo l'obiettivo di uniformità giuridica alla base dell'intervento comunitario²⁶⁵.

²⁶² In realtà, i progetti preliminari del testo della Direttiva, e dunque l'esigenza di un intervento comunitario volto ad offrire ai consumatori una tutela almeno minimale contro le clausole abusive, risalgono alla metà degli anni settanta. Sul punto cfr. ALPA, *Programmi e progetto del Consiglio d'Europa e della Comunità Economica Europea in materia di contratti standard*, in *Foro it.* 1977, V, p. 7. Per un approfondimento sui problemi legati all'attuazione della legislazione comunitaria nei diversi paesi dell'Unione Europea cfr. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori: problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Milano, 2003.

²⁶³ Cfr. PARDOLESI, *Clausole abusive nei contratti del consumatore e direttiva abusata*, in *Quaderni C.S.M.*, n. 89, 1996, p. 58.

²⁶⁴ Il legislatore comunitario, infatti, è intervenuto nel disciplinare ambiti parzialmente già regolamentati dal diritto interno: ne è scaturita una sovrapposizione di diversi livelli normativi che ha determinato una situazione di confusione giuridica. «Il coordinamento di norme europee e nazionali di vari livelli di generalità genera problemi non solo tecnici – cioè nell'ambito del sistema esterno – ma, profilo ben più rilevante, anche scontri tra filosofie di regolamentazione, interessi e valori sui quali si basano le norme europee e nazionali che si applicano in un caso determinato, come ad esempio le esigenze del mercato da un lato e la giustizia delle parti dall'altro»: così SIRENA, *La dialettica Parte generale-Parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., p. 506. Pertanto, sarebbe stato auspicabile un intervento comunitario più dettagliato, capace di porsi come volano in vista di una reale integrazione tra le differenti esperienze giuridiche nazionali.

²⁶⁵ L'armonizzazione minima determina conseguenze negative sia per le imprese, che per i consumatori. Le prime, a fronte dell'incremento dei costi di adeguamento alle normative nazionali, manifestano scetticismo nei confronti delle negoziazioni transfrontaliere. Ne deriva per i consumatori una minore possibilità di scelta in relazione a beni e servizi disponibili sul mercato. A tal proposito si rinvia al secondo considerando alla Direttiva '93/13: «considerando che le legislazioni degli Stati membri relative alle clausole stipulate nei contratti tra il venditore o il prestatore di servizi, da un lato, e il consumatore, dall'altro, presentano notevoli disparità, con il risultato che i mercati nazionali relativi alla vendita di beni e all'offerta di servizi ai consumatori differiscono l'uno dall'altro e possono manifestarsi distorsioni di concorrenza tra i venditori». Autorevole dottrina sottolinea l'importanza dell'armonizzazione in ambito comunitario, «dove la ricerca di regole uniformi è presupposto indefettibile non tanto per l'attuazione di un mercato comune, quanto per l'affermazione della centralità dei principi e dei valori condivisi dagli stati membri»: così PERLINGIERI, *Parte generale e norme di settore nelle codificazioni e nella formazione del Common Frame of Reference, Relazione introduttiva*, in *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di NAVARRETTA, Milano, 2007, p. 535. Sul tema dell'armonizzazione minima, cfr. ROPPO, *La definizione di clausola «vessatoria» nei contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 2000, p. 84. Sul punto, cfr. anche *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo, un piano d'azione (2003/C63/01)*, in *GUCE 15 marzo 2003*. e *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis, prospettive per il futuro*, COM (2004) 651 def. dell'11 ottobre 2004. La consapevolezza delle lacune che connotano un intervento di armonizzazione

Ragioni di insoddisfazione, inoltre, si rinvengono anche nella scelta delle tecniche di recepimento di cui si è avvalso il legislatore nazionale: parte della dottrina ha espresso forti dubbi sulla decisione di collocare la normativa antiabusiva nell'alveo codicistico, contrariamente a quanto avvenuto in altri Paesi, accorpando le disposizioni sulle condizioni generali di contratto con quelle dei contratti individualmente negoziati²⁶⁶. Infine, il mancato coordinamento con la disciplina previgente²⁶⁷ e i frequenti errori di traduzione commessi dal legislatore interno – che si è limitato a recepire soluzioni “preconfezionate”²⁶⁸, accettando in maniera acritica, quasi pedissequa, la produzione

minima ha indotto la Commissione europea ad elaborare una proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa ai «diritti dei consumatori» [COM (2008) 614/4 dell'8.10.2008]. Il testo della direttiva è composto da una cinquantina di articoli, ai quali vengono allegati alcuni formulari e tavole di raffronto. L'obiettivo perseguito è quello di un'armonizzazione completa, che non si limiti ad individuare principi comuni non derogabili dagli stati membri, ma che elevi obbligatoriamente lo standard di tutela garantito al consumatore. Oggetto della proposta sono le direttive sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali e i contratti a distanza, quella sulle garanzie nella vendita e sulle clausole abusive nei contratti tra consumatore e professionista. Per un approfondimento sul punto cfr. ALPA, *Il codice civile europeo*, in *In-Pactum*, 2010, p. 15

²⁶⁶ Tale accorpamento è stato oggetto di contestazione poiché si è ritenuto che le differenze strutturali esistenti tra contratti standard e contratti negoziati individualmente fossero tali da richiedere due discipline e due collocazioni sistematiche separate. Innanzitutto perché non coincide l'ambito soggettivo di applicazione: l'art. 1341 c.c. si riferisce ai contratti standard conclusi tra qualsiasi predisponente e qualsiasi aderente mentre gli artt. 1469 bis e ss. c. c. disciplinano esclusivamente i contratti tra professionista e consumatore. Emergono tratti di discontinuità anche dal punto di vista oggettivo, ove il rapporto tra le due discipline risulta invertito. L'art. 1341 c.c. riguarda soltanto i contratti standard relativi ad una serie indefinita di rapporti contrattuali, mentre gli artt. 1469 bis e ss. c.c. si applicano anche ai contratti predisposti per un singolo affare. Le difficoltà di coordinamento tra le due discipline si pongono concretamente in presenza di un contratto standard contenente una clausola vessatoria non approvata specificamente per iscritto. Ai sensi degli artt. 1341, 2° co., c.c. e 1419, 1° co., c.c., infatti, la nullità delle clausole che, ove ritenute essenziali dai contraenti, si estende all'intero contratto. Una simile circostanza, tuttavia, è esclusa qualora operi l'art. 1469 quinquies c.c. Sembra preferibile accordare prevalenza alla disciplina consumeristica, al fine di tutelare l'interesse del consumatore a mantenere il bene oggetto del contratto. E' innegabile, però, che una più attenta opera di coordinamento tra le due discipline avrebbe prevenuto i rischi insiti nella stratificazione disorganizzata di disposizioni normative in materia. Sul punto cfr. COSTANZA, *Coordinamento tra vecchia e nuova disciplina*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile dei contratti del consumatore*, a cura di BIANCA, BUSNELLI, BOCCHINI e altri, in *Nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 751; DI MAJO, *Proposte e scelte dei progetti di recepimento*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di ALPA e BIANCA, Padova, 1996, p. 335; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, cit., 1996, V, p. 160. A sostegno di una simile obiezione, sono state richiamate altre direttive comunitarie in materia di consumatore, rispetto alle quali il legislatore interno aveva a giusta ragione optato per la legislazione complementare. Si pensi alla Direttiva sui contratti stipulati al di fuori dei locali commerciali (Dir 85/577 CEE) e a quella sulla pubblicità ingannevole (Dir 06/114/CEE).

²⁶⁷ Sul punto cfr. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei contratti del consumatore nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1998, III, p. 2. In particolare, il legislatore non ha chiarito i rapporti esistenti tra il controllo formale di cui all'art. 1341, 2° co., c.c. e i meccanismi di tutela sostanziali introdotti dalla riforma. A tal proposito una dottrina minoritaria ha negato l'autonoma efficacia dell'art. 1341 co° 2, svuotando di significato il requisito della duplice sottoscrizione in presenza dei presupposti applicativi della nuova disciplina. Così COSTANZA, *op. ult. cit.*, p. 751. Tuttavia, è prevalso l'orientamento che ritiene operative entrambe le discipline, attribuendo ai controlli sostanziali il valore di tutela aggiuntiva rispetto a quella già presente nell'impianto originario del codice civile. Così, GABRIELLI e ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2000, p. 225.

²⁶⁸ Sui diversi modelli di controllo, amministrativo e giudiziale, utilizzati in alcuni ordinamenti europei ancor prima dell'entrata in vigore della Direttiva comunitaria, si veda GHESTIN, *Traité du droit civil*, Les

giuridica altrui²⁶⁹ – contribuiscono a spiegare l'insoddisfazione manifestata nei confronti della novella al Codice civile²⁷⁰.

obligations. Le contract. Paris, 1980, p. 156; BIANCA, *Note introduttive. Precedenti della legge di attuazione della direttiva comunitaria e problemi di diritto intertemporale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 752; ALPA, *Controllo legislativo e controllo giudiziario dei contratti standard. Il modello legislativo dell'Unfair Contract Terms Act del 1977*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di BIANCA; Milano, 1981, p. 229; BROWNSWORD, *The Unfair Contract Terms Act: a decade of discretion*, a cura di ADAMS e BROWNSWORD, London, 1988, p. 94.

In particolare, l'esperienza tedesca vanta un esercizio orma trentennale sulla tematica delle condizioni generali di contratto. Pertanto, non deve destare stupore l'allineamento comunitario alla disciplina dell'*AGB-Gesetz*. Sul punto, CALVO, *L'equilibrio normativo del contratto standard nella AGB-Gesetz*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1081; ID., *Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto*, in *Contr. impr. Europa*, 2001, p. 491. Una breve disamina dei principi fondamentali contenuti nella *AGB Gesetz* consente di comprendere il carattere innovativo ed evoluto della disciplina d'oltralpe. Al § 3 il legislatore tedesco dispone l'esclusione dal contratto delle "clausole sorpresa". Nel paragrafo successivo viene enunciato il principio della prevalenza degli accordi individuali sulle condizioni generali di contratto. Di fondamentale importanza il § 9 secondo il quale «le condizioni generali di contratto sono inefficaci se svantaggiano sproporzionalmente la controparte dell'utilizzatore in contrasto con i dettami della buona fede». Sul punto cfr. STOLL, *La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di BIANCA, Milano, 1981, p. 269. Non è mancato, tuttavia, chi ha espresso insoddisfazione verso il modello di ispirazione tedesca, ritenendo che il *richterliche Kontrol* dia origine ad una situazione di incertezza per le imprese che si avvalgono di contratti standard. Solo a seguito del controllo giudiziale, infatti, le imprese possono sapere se sia consentito loro avvalersi o meno di una clausola contrattuale. Per un approfondimento sul punto cfr. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 679. Sul punto cfr. anche VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 23. L'Autore pone a confronto il quadro normativo francese, tedesco ed italiano, sottolineando come l'elaborazione teorica e giurisprudenziale tedesca in tema di contratti del consumatore e tutela della parte debole è molto più intensa della nostra. Anche nei paesi di *common law* le politiche di tutela del consumatore hanno da sempre avuto un ruolo fondamentale nell'elaborazione legislativa e giurisprudenziale: «consumer protection was a major legislative preoccupation throughout the nineteenth century»: così ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, p. 545. Sul punto si veda anche COLLINS, *Le clausole vessatorie nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 455.

²⁶⁹ Il legislatore italiano ha manifestato scarsa attenzione verso le problematiche in esame, mostrando una tendenziale arretratezza rispetto ad altri ordinamenti europei. Il nostro legislatore, dunque, non ha assunto una chiara presa di posizione poiché trascura le implicazioni pratiche di scelte normative operate da altri. Sul punto cfr. ROSSI, *La trasposizione delle direttive comunitarie nel diritto privato italiano: questioni di terminologia e di redazione di testi*, in AA.VV., *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali. Materiali per lo studio della terminologia giuridica*, a cura di PASA, ROSSI e WEITENBERG, Torino, 2009, p. 89. L'Autore sottolinea il problema delle divergenze applicative che discendono dalle frequenti difformità linguistiche esistenti tra i vari Paesi della Comunità europea. Si pensi alle diverse nozioni di abusività e vessatorietà adottate rispettivamente dal legislatore comunitario e nazionale. Sul punto cfr. TROVATORE, *La definizione atipica delle "clausole abusive" tra controllo giudiziale e trattativa individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 959. Sulle caratteristiche del modello italiano di attuazione della Direttiva comunitaria cfr. ALPA, *La disciplina delle clausole abusive in Italia e nel Regno Unito. Metodi di controllo e questioni aperte*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 783; ANTONIOLLI, *I contratti del consumatore nel diritto inglese fra Common Law e diritto comunitario, legal process e forme di tutela*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, V, p. 779.

²⁷⁰ Non si vuole negare la bontà di un approccio di natura comparatistica, ma solo evidenziare che il tanto auspicato confronto con gli altri ordinamenti europei avrebbe dovuto indurre il legislatore italiano ad occuparsi di delicate questioni di carattere sistematico che, al contrario, sono state tralasciate, in nome di una semplicistica trasposizione di testi normativi elaborati altrove. E' mancato, dunque, un lavoro di adattamento capace di armonizzare le nuove regole in tema di contratti del consumatore con l'originario impianto codicistico, tenendo conto delle peculiarità del nostro ordinamento.

Al di là degli aspetti di criticità, è innegabile che il nuovo capo XIV bis del Codice civile fornisce all'autorità giudiziaria il potere di sottoporre a un controllo sostanziale la predisposizione unilaterale del contratto ad opera del contraente forte²⁷¹.

Il merito del legislatore della novella è stato quello di legittimare i controlli sull'equilibrio economico dello scambio onde garantirne l'equità²⁷²; un risultato indubbiamente significativo ma non sufficiente se si considera l'incessante stratificarsi di disposizioni successivamente all'entrata in vigore della Legge '96/52 e la situazione di incertezza che ne è derivata.

Da qui, l'improcrastinabile esigenza di accorpare le norme succedutesi nel tempo in un unico corpus normativo che armonizzi il coacervo di disposizioni attuative della Direttiva CEE '93/13²⁷³.

Il Codice del Consumo, dunque, rappresenta il tentativo di ordinare ed aggiornare fonti normative concernenti i processi di acquisto e consumo, fornendo al consumatore un quadro normativo sistematico che gli garantisca una tutela sostanziale²⁷⁴.

²⁷¹ Il tema dei controlli, pertanto, costituisce il nodo gordiano della questione inerente ai rapporti tra autonomia privata. e i vincoli unilateralmente imposti. «Si tratta di un potere di ampia latitudine, il cui parametro costituisce, in buona misura, una di quelle "clausole generali" il cui utilizzo, in passato, fu caldeggiato senza molto successo da larga parte della dottrina»: così DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto*, in *Contratti*, 1997, p. 262.

²⁷² Il tramonto dell'uguaglianza delle parti ha posto il problema di garantire che l'autoregolamentazione si eserciti in condizioni di equilibrio. Sul fondamento normativo del contratto giusto, cfr. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334.

²⁷³ Una breve parentesi sull'origine storica del Codice del consumo. Nato sotto la spinta del *Code de la Consommation* francese, il D. Lgs 206/2005 attuativo dell' art. 7 della legge delega 29 luglio 2003, n. 229, recante interventi urgenti in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001 (in G.U. del 25 agosto 2003, n. 196) – tenta di dare organica strutturazione alle produzioni normative torrentizia e caotica accumulate negli anni. Nelle intenzioni del legislatore, questo intervento avrebbe dovuto rendere il nostro paese più competitivo nelle transazioni transfrontaliere, garantendo la rispondenza delle disposizioni interne ai dettami del diritto comunitario. Il Codice del consumo è stato definito «una delle innovazioni più significative dell'attività parlamentare e di governo della legislatura in corso»: così ALPA, in *Codice del consumo, Commentario* a cura di ALPA e ROSSI CARNEO, Napoli, 2005, p. 17: Per una panoramica generale sul Codice del consumo, senza alcuna pretesa di completezza, cfr. BONILINI e CONFORTINI (a cura di), *Codice ipertestuale del consumo*, Milano, 2008; CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Milano, 2008; VETTORI (a cura di), *Codice del consumo*, Padova, 2007, BRIGANTI, *Guida al codice del consumo: la tutela del consumatore tra nuove frontiere e vecchi confini*, Roma, 2006; STANZIONE e SCIANCALEPORE (a cura di), *Commentario al Codice del consumo: inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Milano, 2006; TRIPODI, BELLI (a cura di), *Codice del consumo, commentario del D. Lgs 6 settembre 2005, n. 206*, Santarcangelo di Romagna, 2006; ALPA, ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo, Commentario*, Napoli, 2005. In particolare, sull'opera di riorganizzazione e di riassetto legislativo, cfr. LUPO, *Dai testi unici "misti" ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione*, in *Stud. iuris*, 2004, p. 157; ZACCARIA, *Dall'"età della decodificazione" all'"età della ricodificazione": a proposito della Legge n. 229 del 2003*, in *Stud. iuris*, 2005, p. 697.

²⁷⁴ Nei paragrafi 4 e 5 della Relazione al Codice del consumo vengono utilizzate le espressioni "semplificazione formale", "riordino sistematico", "coordinamento" e "aggiornamento" per sintetizzare le finalità perseguite dal legislatore italiano attraverso l'adozione del Codice del consumo. Sugli indiscussi meriti del Codice del consumo cfr. MARICONDA, *Il codice del consumo*, in *Corr. merito*, 2006, p. 15; SENIGAGLIA, *Decentramento legislativo, moltiplicazioni di codici e differenziazione sistemica*, in

Solo un'attenta attività di unificazione dell'eterogeneo materiale normativo accumulatosi nel tempo, infatti, avrebbe consentito di affrontare il problema di una normativa che, a fronte della sua frammentazione, non poteva dirsi in sintonia con le finalità istituzionali dell'UE²⁷⁵.

Eur. dir. priv., 2006, p. 142; AMATO e TROIANI, *Codice del consumo, arrivano le regole fra piccoli utenti e giganti del mercato*, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 114; CONTI, *Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive*, in *Corr. giur.* 2005, p. 1750; GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, p. 735: «Il Codice del consumo, pur presentando un contenuto limitato all'esistente, sembra aver determinato un valore aggiunto: esso offre all'interprete una base normativa più valida ed organica sulla quale costruire il sistema del diritto dei consumatori; rende palese che regole prima sparse vivono ora l'una dell'altra».

²⁷⁵ Se l'obiettivo che si persegue è la creazione di un diritto contrattuale di matrice europea, un vero diritto contrattuale europeo non può basarsi esclusivamente sulla disciplina consumeristica. Sul punto, autorevole dottrina segnala come il diritto contrattuale che trae origine dalle Direttive comunitarie è un diritto settoriale, privo della coerenza sistematica necessaria per individuare le interconnessioni tra la materia regolata nella singola direttiva e il contesto in cui essa si inserisce. Sul punto cfr. ROPPO, *Quale diritto europeo dei contratti?*, in *Contratto e diritto uniforme*, a cura di VENDITTI e GATT, Napoli, 2005, p. 109. In quest'ottica si comprendono le numerose proposte elaborate a livello comunitario al fine di ampliare il diritto europeo dei contratti. Sul punto cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, dell'11 ottobre 2004 COM (2004) 651 def; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo*, del 12 febbraio 2003, COM (2003) 68 def. Autorevole dottrina sottolinea che: «l'armonizzazione dei principi del diritto dei contratti è di speciale importanza per il corretto funzionamento del mercato unico europeo, la cui vera essenza è un approccio ampiamente unitario al diritto e alla disciplina che supera gli ostacoli ai traffici e le distorsioni del mercato derivanti dalle diversità negli ordinamenti nazionali degli Stati membri che condizionano i rapporti economici nell'ambito europeo»: così CASTRONOVO, *Introduzione ai Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2011, p. 11. Nell'ambito di una bibliografia alluvionale sul significato del sintagma "diritto privato europeo", si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza, SOMMA, *Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1097; SCALISI, *Alberto Trabucchi e la costruzione in Europa di un diritto privato comune*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 910; ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale, in Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, a cura di ALPA, BONELL, CORAPI, MOCCIA, ZENCOVICH e ZOPPINI, Roma-Bari, 2008, p. 260; IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 3; MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 494; SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in *Trattato di diritto privato europeo*, diretto da LIPARI, I, Padova, 2003, p. 153; ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, V, p. 707; S. GAMBINO, *Verso la formazione di un diritto comune europeo: metodo comparatistico e ricerca costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 39; MONATERI, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition"*, *Hastings L. J.*, 2000, p. 37; MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed uguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 624; MUELLER GRAFF, *Les perspectives d'un droit commun européen*, in *Rev. aff. europ.*, 1998, p. 242; HINESTROSA, *Des principes généraux du droit aux principes généraux des contrats*, in *Unif. L. Rev.*, 1998, III, p. 501; ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 367; SANTINI, *L'Europa come spazio giuridico unitario: un'armonia nel rispetto delle dissonanze*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 43. Tuttavia, è innegabile che la disciplina consumeristica contiene al suo interno interessanti spunti al riguardo, ponendosi come esempio di una regolamentazione organica con la quale si individuano le linee guida della materia. Giustamente, dunque, si ritiene che «il diritto dei consumatori costituisce il primo nucleo di diritto europeo vigente»: così ALPA, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da IUDICA e ZATTI, Milano, 2005, p. 154; GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 393. P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 800; CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 715; SOMMA, *Tecniche di tutela del contraente debole nella disciplina della contrattazione standard: riflessioni sull'esperienza tedesca*, in

Tuttavia, l'avvento del Codice del consumo ha alimentato ulteriormente i dibattiti in materia²⁷⁶, anche con specifico riferimento alla tematica che in questa sede rileva.

Rispetto ai lavori preparatori, la novità più significativa nell'impianto codicistico è rappresentata dall'inclusione degli artt. 1469 bis-1469 sexies c. c.²⁷⁷.

Rimangono in vigore gli artt. 1341 e 1342 c.c. che il Codice del consumo non ha abrogato²⁷⁸. Pertanto, alcune clausole contenute nell'elenco di cui all'art. 33, 2° co., c.

Annuario di diritto tedesco, diretto da PATTI, Milano, 1998, p. 161; ID., *Il diritto dei consumatori è un diritto d'impresa*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 679.

²⁷⁶ Basti citare i commenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che ha accolto con diffidenza la traslazione della disciplina antiabusiva nella nuova sede, auspicando il mantenimento della prima all'interno del codice (4 maggio 2005). Nel Codice ha trovato spazio solo una parte delle norme vigenti in materia. Si pensi alle disposizioni sul credito al consumo, sul commercio elettronico e sui contratti negoziati nei locali commerciali che non hanno trovato un'adeguata collocazione all'interno del codice del consumo. Sul punto cfr. CALVISI, *Il "taglia e incolla" non si addice al legislatore*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, p. 107; DE CRISTOFARO, *Il "Codice del consumo"*, in *Leggi civ. comm.*, 2006, p. 751. E' mancato, inoltre, un intervento significativamente innovativo, poiché il legislatore interno si è limitato a riprendere la disciplina previgente senza apportarne modifiche sostanziali, se non quelle rese necessarie dall'esigenza di coordinamento. Del resto, l'art. 7, 1° co., legge 229/2003 delega il Governo a provvedere al mero riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori. Questo potrebbe spiegare l'assenza di soluzioni innovative. Sulla legge delega cfr. ZACCARIA, *Dall'«età della decodificazione» all'«età della ricodificazione»: a proposito della Legge n. 229 del 2003*, cit., p. 697; LUPO, *Dai testi unici «misti» ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione*, in *Contratti*, 2004, p. 157. Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha osservato che il legislatore italiano non è stato capace di «sfruttare in pieno le potenzialità della delega», ritenendo che questa avrebbe consentito un intervento di riforma decisamente più costruttivo. Sul punto si veda il parere reso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi il 20 dicembre del 2004, n. 11602/2004, in *Foro it.*, 2005, III, p. 348. Per queste ragioni, il Codice del consumo è stato definito "un cantiere aperto" nel quale trova spazio, senza tuttavia cristallizzarsi, la disciplina consumeristica. Così DE CRISTOFARO, *Il «cantiere aperto» codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal D. Legisl. 23 ottobre 2007, n. 2219*, in *Stud. iuris*, 2008, p. 266; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159: «Vi è indubbiamente nel Codice un'opera di sistemazione. Definizioni, concetti, rimandi ne escono in parte rimaneggiati. Le modifiche però non sono molte né profonde, e vi sono segni di sconnessione e tracce di redazione affrettata. Non sono dunque le innovazioni che dispiegano luce di sistema sul diritto codificato dei consumatori; da questo punto di vista il progresso è inferiore alle attese». Per onestà intellettuale, pare doveroso sottolineare come, grazie al Codice del consumo, siano state modificate la *sedes materiae* e le conseguenze giuridiche legate all'inserimento nel contratto di clausole vessatorie.

²⁷⁷ L'opportunità di espungere dal Codice civile le disposizioni sui consumi ed includerle in un corpus normativo autonomo, caldeggiata dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato nel parere del 20.12.2004 n. 11602 par. 7, non è stata sostenuta all'unanimità. La tecnica della novellazione, adoperata dal legislatore per introdurre nel titolo II del Libro IV del Codice civile il capo XIV bis, ha il chiaro effetto di attribuire alla normativa dei contratti del consumatore una valenza generale e di incidere, in tal modo, sulle regole che governano la materia contrattuale. In questo senso cfr. CATAUDELLA, *Note in margine alla direttiva comunitaria sulle "clausole abusive"*, in *Rass. Giur. En. El*, 1994, p. 569; BIGLIAZZI GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di CESARO, Padova, 1994, p. 33. «Non c'è più soltanto una parte generale del contratto [...] adesso c'è anche una parte generale del contratto dei consumatori o con i consumatori»: così DE NOVA, *Brevi note sui lavori della Commissione ministeriale*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati tra consumatore e professionista*, diretto da ALPA e BIANCA, Padova, 1996, p. 353. Diversamente, estrapolando le norme sui consumi dal Codice civile ed inserendole in un codice autonomo, si è temuto che il diritto dei consumi potesse perdere di importanza. Sia consentito, al fine di prendere posizione sul punto, il rinvio al prosieguo della trattazione, nella parte in cui verranno chiariti i rapporti tra Codice civile e Codice del consumo.

²⁷⁸ In realtà, è piuttosto nutrita la schiera dei fautori della teoria dell'abrogazione tacita di tali disposizioni: taluno ritiene che, per effetto dell'entrata in vigore di norme successive, data la loro omogeneità di contenuto e la specialità delle norme posteriori, si assiste all'abrogazione delle norme

cons. (già art. 1469 bis, 3° co., c.c.) corrispondono a quelle elencate dall'art. 1341, 2° co., c.c.²⁷⁹.

Alla luce di ciò, il predisponente è tenuto a verificare che le condizioni da lui inserite in un contratto standard non siano vessatorie non solo in base alla disciplina consumeristica, ma anche secondo quanto stabilito originariamente dal Codice civile.

Indubbiamente, attribuendo al giudice²⁸⁰ il compito di valutare l'assetto negoziale nei termini di equilibrio normativo²⁸¹, si è voluto predisporre una disciplina equa, che garantisce il temperamento degli interessi del mercato e dei singoli contraenti.²⁸²

preesistente ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni preliminari al Codice civile. In tal senso cfr ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie nei contratti d'impresa*, Padova 1997 pag. 55; TULLIO, *Condizioni generali di contratto e le clausole vessatorie nella contrattualistica dei trasporti*, Milano 1996, p. 196.

²⁷⁹ Tra i due elenchi di clausole non vi è perfetta coincidenza. Tuttavia, in relazione a molte clausole, si pensi, per citare solo alcuni esempi, alle clausole di esonero o limitazione della responsabilità del professionista (nn. 1, 2, 15), alle clausole che limitano la facoltà di sollevare eccezioni (n. 3, 16) e a quelle che sottraggono il professionista al vincolo contrattuale (nn. 7, 8) si pone il problema di una omogeneità testuale non accompagnata, tuttavia, da una medesima uniformità di trattamento delle clausole. Per un approfondimento sul punto cfr. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 164.

²⁸⁰ La Direttiva '93/13 riconosce all'autorità giudiziaria il potere di esercitare un controllo di tipo sostanziale, tanto nei giudizi individuali quanto in quelli collettivi, al fine di inibire l'utilizzo delle clausole abusive da parte del professionista. Attraverso l'esercizio dell'azione inibitoria, le condizioni generali di contratto vengono rese compatibili con le norme che disciplinano il loro contenuto. Sul punto cfr. BOCHICCHIO, *La nuova disciplina dei contratti con i consumatori. Dal controllo formale al controllo sostanziale: effettività e limiti*, in *Econ. dir. terz.*, 1997, p. 125; CARBONE, *L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali ed elencazioni sistematiche*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 1309. Di recente, in tema di contratto di assicurazione, CECCHERINI, *Clausole abusive e contratto di assicurazione: verso un controllo di tipo sostanziale*, cit., p. 908.

²⁸¹ Come accade nell'ordinamento tedesco, anche la Direttiva 93/13 Cee attribuisce all'autorità giudiziaria compiti di perequazione del mercato. L'espressione "equilibrio normativo" va intesa nel senso che «il rapporto negoziale unilateralmente predisposto dalla parte (economicamente) più forte è degno di tutela solo quanto il risultato del raffronto con la disciplina legale della fattispecie non dà luogo ad un esito d'illecito approfittamento dello *status subiectionis* dell'aderente». Sia la legge tedesca sulle condizioni generali di contratto, sia la Direttiva Cee escludono il controllo giudiziale nell'ipotesi in cui le clausole contrattuali siano state oggetto di trattativa *inter partes*.

²⁸² «La normativa delle clausole vessatorie ha segnato un salto di qualità nella tutela apprestata al contraente debole (cfr artt. 33 ss. Codice del consumo)»: così SCARSO, *Sulla c.d. «disparità di potere contrattuale»*, in *Stud. iuris*, 2008, p. 550. Autorevole dottrina già da tempo aveva riconosciuto al diritto europeo dei contratti il merito di dedicare particolare attenzione alla fase precontrattuale, con l'obiettivo di riequilibrare il rapporto tra professionista e consumatore caratterizzato dall'assenza di trattative individuali. Invocando la nota contrapposizione tra interesse strumentale e interesse sostanziale, questa dottrina ritiene che in materia di consumi, pur mancando la fase delle trattative, il consumatore abbia un interesse strumentale ad esprimere un'adesione conscia al regolamento contrattuale. Sul punto cfr. G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, p. 351. Alcuni Autori ritengono che la finalità di tutela del consumatore sia un vero e proprio obiettivo della politica sociale comunitaria. Sul punto cfr. SCHULTZE, *European Private Law and Existing European Contract Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2005, p. 3; FABRIS, *Il nuovo consumatore: verso il postmoderno*, Milano, 2003, p. 23; ELKSTROM, *Revisiting the family tree: historical and future consumer behavior research*, in *Academy of Marketing Science Rev.*, 2003, p. 1; ORSINGER, *Il servizio dalla parte del cliente. Un approccio cognitivo all'esperienza di consumo*, Roma, 2000, p. 34. Sottolineano l'ineludibile necessità di protezione del consumatore, guardando positivamente ad una riscrittura giudiziale dei contratti del consumatore, anche PALMIERI, *Il controllo giudiziario delle clausole abusive, tra sentieri impervi e la (tentazione) di sortite avventurose*, in *Foro it.*, 1999, VI, p. 2087; DE POLI, *Libero mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, VI, p. 757; PICOZZO, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO, Padova, 1999, p. 30; GAMBARO, *Consumo e difesa dei consumatori. Un'analisi*

La preformulazione del contenuto negoziale può esporre ad elevati rischi la libertà di autodeterminazione del consumatore: in quest'ottica la disciplina delle condizioni generali di contratto, nella sua "nuova" formulazione, assume un ruolo centrale in chiave di tutela delle situazioni di debolezza²⁸³.

Tuttavia, «nel diritto civile la socialità rimane un accidente, mentre l'essenza è il mercato e l'individuo»²⁸⁴.

Poiché la logica mercantile impone la funzionalizzazione dell'agire individuale all'interesse del mercato, il diritto dei contraenti deboli non può, appellandosi al principio della giustizia contrattuale²⁸⁵, azzerare le istanze di efficienza del mercato.

Non si tratta tanto di «assicurare una giustizia sostanziale delle private contrattazioni»²⁸⁶, quanto di impedire che i privati dispongano di un potere di regolamentazione unilaterale che pregiudichi la proprio controparte.

In quest'ordine di idee, la libertà di eleggere volontariamente un requisito di forma non può essere confinata entro gli esigui confini applicativi di una singola lettera di una disposizione consumeristica, e cioè la lettera q.

Imboccando la via del controllo sostanziale, ed interpretando la clausola di forma alla luce dei criteri della meritevolezza degli interessi, della buona fede, dello squilibrio normativo, apparentemente si assiste a una limitazione dell'ambito di operatività del formalismo convenzionale nei contratti del consumatore.

economica, Milano, 1994, p. 21; LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, p. 400. L'Autore ritiene che il merito della normativa consumeristica consista nell'aver riconosciuto in capo al consumatore una serie di diritti soggettivi, ponendo in luce «la necessità teleologica dei diritti per servire al meglio alcuni bisogni ed interessi».

²⁸³ Sul punto cfr. CALVO, *Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto standard*, in *Contr. impr. Europa*, 2001, p. 516.

²⁸⁴ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2000, p. 308. Sul rapporto tra la teoria della giustizia contrattuale e l'esigenza di correggere i fallimenti del mercato per garantire un'efficiente allocazione delle risorse cfr. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, cit., p. 330.

²⁸⁵ «Le limitazioni alla libera esplicazione dell'autonomia dei contraenti si devono vedere come tali, nel senso cioè di rendere più complessa l'efficace esplicazione dell'incontro volontario, ma non mai come creazione di un sistema nel quale leggi del mercato vengano a sovrapporsi da sole alle manifestazioni della volontà dei singoli e al rilievo del loro impegno»: così TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in *Sillogi per Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, p. 4. Un corretto funzionamento del mercato, infatti, presuppone necessariamente la fiducia nella tenuta del rapporto e la certezza dei rapporti interprivati. Sul punto cfr. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 51; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

²⁸⁶ Così LISERRE, *Tutela costituzionale dell'autonomia privata*, cit., p. 89. Il tema dell'equilibrio contrattuale occupa un posto di rilievo nelle riflessioni dottrinali attuali. Sul punto cfr. CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p. 49; VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 9; TOLONE, *L'ordine della legge ed il mercato. La congruità dello scambio contrattuale*, Torino, 2003, p. 122; BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 837; BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 11.

In realtà, attraverso la valutazione circostanziata della clausola di forma e la predisposizione dei controlli sostanziali operati dall'autorità giudiziaria, non si vuole impedire che il predisponente introduca vincoli di forma, ma solo restituire legittimazione ad una libertà che l'assenza di una effettiva convenzionalità ha fatto vacillare.

Questa è l'unica strada percorribile per dissipare qualsiasi dubbio sul possibile utilizzo improprio delle forme convenzionali nella negoziazione tra parti diseguali.

A conferma di quanto si sostiene, e cioè che l'esegesi orientata in senso assiologico non determina un'arbitraria restrizione della facoltà di eleggere un vincolo formale, interessa svolgere ancora qualche breve considerazione.

Nelle pagine precedenti sono state esaminate alcune clausole che, pur non rientrando nel novero degli accordi sulla forma, si collocano sullo stesso piano quanto agli effetti che perseguono.

L'analisi delle disposizioni consumeristiche che prevedono tali termini contrattuali, pertanto, si presta indirettamente allo studio delle forme convenzionali.

Da questo punto di vista, la lettura causale della normativa consumeristica si pone in sintonia con gli obiettivi alla base del presente lavoro di ricerca, segnatamente ripensare in chiave moderna il fenomeno formalistico di origine volontaria e verificare quali siano le condizioni necessarie per estendere il trattamento giuridico riservato alle prescrizioni sulla forma a tutte quelle clausole, di completezza o di altro tipo, che manifestano una comune attitudine ad alterare l'equilibrio tra le parti mediante l'imposizione di un requisito di forma.

L'approccio critico alle clausole di forma unilateralmente predisposte evidenzia che il tema è stato erroneamente sottovalutato dalla dottrina sia dal punto di vista quantitativo, a fronte dei numerosi casi pratici nei quali una parte impone un vincolo formale alla propria controparte, sia qualitativo, dal momento che il fenomeno in esame imporrebbe per sua natura una diversificazione dei requisiti formali in funzione degli effetti perseguiti.

Per questo motivo, l'indagine sulle clausole di forma in materia consumeristica non si basa sulla mera lettura delle disposizioni in tema di forma ma è stata volontariamente strutturata in modo da ampliarla per valutare la coerenza di tali precetti all'interno della disciplina dei contratti in generale e per considerare i numerosi casi emersi nella prassi contrattuale in cui i contraenti si avvalgono di un vincolo formale anche se lo "mascherano" attraverso il ricorso a clausole di diverso tipo.

Sulla scorta di questo asserto, si procederà ora all'esame dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons. nel tentativo di chiarirne il significato ed individuare i motivi per i quali il legislatore comunitario ha contemplato al suo interno due ipotesi strutturalmente eterogenee.

Seguirà lo studio dei rapporti esistenti tra la lettera q e l'art. 1352 c.c.: il loro collocarsi all'interno di prospettive ermeneutiche non perfettamente collimanti impone un lavoro interpretativo dettagliato, al fine di identificare possibili meccanismi di raccordo capaci di soddisfare le ineludibili esigenze di unità e di coerenza del sistema giuridico.

7. Origine storica e significato dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons.

L'art. 33, 2° co., c. cons contiene venti enumerazioni di clausole che compongono la *grey list*, un elenco di clausole sospettate di vessatorietà rispetto alle quali il predisponente è tenuto a dimostrare in concreto che la presunta vessatorietà non sussiste²⁸⁷.

Parte della dottrina²⁸⁸, sulla base dell'affinità teleologica esistente tra le clausole, distingue due gruppi.

Al primo appartengono le clausole "di sorpresa" che rendono l'esecuzione del contratto differente rispetto a ciò che il consumatore si potrebbe aspettare.

Alle clausole di squilibrio, invece, vengono ricondotte le ipotesi che, alla luce del criterio di abusività di cui all'art. 33, 1° co., c. cons. si sostanziano in una lesione del principio di buona fede.

Le clausole di squilibrio si suddividono al loro interno in tre categorie, a seconda che lo squilibrio tra diritti ed obblighi delle parti concerna la disponibilità del vincolo

²⁸⁷ La lista grigia si differenzia dalla lista nera di cui all'art. 34 c. cons. per la quale il legislatore non ha introdotto alcuna presunzione di vessatorietà relativa ma ha sancito la vessatorietà delle clausole comprese in questo elenco e non ha previsto alcuna possibilità per il predisponente di dimostrare il carattere non vessatorio della clausola da esso utilizzata. Simili elenchi indubbiamente agevolano il compito che l'autorità giudiziaria è chiamata ad esercitare, poiché essa può limitarsi a verificare la corrispondenza tra la clausola di cui si discorre dinnanzi a lei e quella inclusa nella lista.

²⁸⁸ «Le clausole dell'elenco possono ordinarsi in due grandi categorie, che intitolerei clausole di squilibrio e, rispettivamente, clausole di sorpresa»: così ROPPO, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis-1469 sexies del codice civile*, a cura di ROPPO, ALPA e PATTI, Milano, 1997; ID., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 277.

contrattuale, il regime di responsabilità del consumatore o il regime di responsabilità del professionista²⁸⁹.

Proprio a quest'ultimo sottogruppo si è soliti ricondurre la lettera q dell'art. 33 2° co., c. cons. con la quale il legislatore ha riprodotto pedissequamente il contenuto dell'art. 1469 bis num. 15 c.c.²⁹⁰.

Prima di soffermarsi sull'esame della lettera q, pare opportuna una precisazione in merito alla terminologia adoperata rispettivamente nel Codice civile all'art. 1341 octies, lett. n., nella novella al Codice all'art. 1469 bis num. 15 ed infine nel D. Lgs 206/2005 all'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons.

L'analisi delle tre disposizioni mostra come solo l'art. 1341 octies, lett. n, c.c.²⁹¹ presenta un'identità strutturale rispetto al testo della Direttiva CEE²⁹².

L'inserimento del capo XIV bis nel titolo II del libro IV del c.c. e la successiva entrata in vigore del Codice del consumo hanno comportato un mutamento del testo di legge.

L'espressione "impegni assunti dai mandatari" è stata sostituita da "obbligazioni stipulate dal mandatario per conto del professionista".

Inoltre, è stato eliminato il riferimento agli "obblighi del professionista", ai quali si è preferita la nozione di "responsabilità" del professionista stesso.

Dalla lettura dei lavori preparatori alla legge 1996/52 e al D. Lgs 206/2005 non emergono le ragioni di tale mutamento terminologico.

²⁸⁹ Lo squilibrio normativo, dunque, è una costante delle clausole elencate dall'art. 33 c. cons. Esso si concretizza nella supremazia del professionista in relazione alla sorte o al contenuto del contratto; nella presenza di mezzi di autodifesa privata che ledono la posizione del consumatore ed, infine, nella limitazione degli obblighi del professionista di rispettare gli impegni assunti dai suoi mandatari o nell'assoggettare tali impegni all'utilizzo di particolare formalità. Sul punto, SCALFI, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p.441.

²⁹⁰ Il confronto tra il testo dell'art. 1469 bis n. 15 c.c. e dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons. testimonia che il legislatore consumeristico si è limitato ad una mera trasposizione di quanto già stabilito nel codice civile. Ai sensi dell'art. 1469 bis n. 15 c.c. «Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di: limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità». Con riferimento al Codice del consumo, si legge all'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons.: «Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità».

²⁹¹ La norma stabilisce la presunzione relativa di vessatorietà per quelle clausole aventi l'effetto di «limitare l'obbligo del professionista di rispettare gli impegni assunti dai suoi mandatari e condizionare i propri impegni al rispetto di una particolare formalità».

²⁹² Si veda l'allegato alla Direttiva 93/13/CE contenente l'elenco delle clausole di cui all'articolo 3 paragrafo 3.1. della Direttiva. La lettera n dell'allegato menziona le clausole che hanno l'effetto di «limitare l'obbligo del professionista di rispettare gli impegni assunti dai suoi mandatari o assoggettare i suoi impegni al rispetto di una particolare formalità».

E' verosimile, tuttavia, che il legislatore abbia voluto enfatizzare i profili di responsabilità connessi all'inserimento della clausola di cui si discorre sino a ricondurla nel novero delle clausole limitative della responsabilità del professionista.

In quest'ottica, il secondo precetto contenuto nella lettera q sarebbe una mera specificazione della clausola indicata dalla prima parte della lettera poiché chiarisce che la sostituzione del mandatario al professionista nella stipula dei contratti non giustifica la previsione di particolari formalità a carico del consumatore per ottenere l'adempimento della prestazione ad opera del rappresentato²⁹³.

Entro questi stretti ambiti operativi, e cioè applicata solo quando sussiste un rapporto di mandato tra il professionista e il terzo mandatario che si interfaccia al consumatore per conto del professionista, la seconda parte della disposizione avrebbe l'effetto di comminare la nullità delle clausole che obbligano il consumatore ad adottare determinate formalità solo nei casi in cui il professionista abbia agito per il tramite di un mandatario.

Si giustificerebbe, in tal modo, il riferimento alle "suddette obbligazioni" e si individuerrebbe nel rapporto *genus-species* esistente tra le due previsioni una plausibile spiegazione della loro inclusione all'interno della medesima lettera.

In realtà, un attento esame della norma induce a dubitare dell'automatismo insito in una simile valutazione, basata sulla scarsa attenzione suscitata dalla lettera q in seno al formante dottrinale.

I pochi autori che hanno mostrato interesse per la tematica in esame²⁹⁴ distinguono le due ipotesi di cui alla lettera q.

La prima sancisce in modo generico l'inefficacia delle limitazioni contrattuali della responsabilità dei collaboratori del professionista; la seconda, invece, rende inefficaci esclusivamente le previsioni che condizionano la prestazione del professionista al rispetto di particolari adempimenti della controparte.

Un simile approccio, prettamente descrittivo, analizza solo alcuni aspetti di una problematica ben più complessa ed erroneamente sottovalutata, risolvendosi in una parafrasi del testo di legge.

²⁹³ Cfr. BELLI, sub *art. 1469 bis*, in *Commentario al capo 14 bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di BIANCA, BUSNELLI e BIGLIAZZI GERI, Padova, 1999, p. 411.

²⁹⁴ Sul punto cfr. MANESCHI, *La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie: la protezione del consumatore realizzata dalla L. 6-2-1996, n. 52 in attuazione della direttiva comunitaria 93/13/CE*, Milano, 1997, p. 140.

I commenti dottrinali sul punto suggeriscono interessanti spunti di riflessione ma costituiscono il frutto di una trattazione parziale delle molteplici e delicate questioni interpretative che scaturiscono dallo studio della lettera q.

A mio avviso, i commentatori hanno tralasciato due aspetti che rappresentano l'antecedente logico di qualsiasi riflessione sul significato da attribuire al dato normativo.

Innanzitutto, comprendere il motivo per il quale il legislatore comunitario e quello nazionale abbiano inserito nella medesima lettera due diverse ipotesi e non abbiano, invece, optato per l'introduzione di un'ulteriore lettera nell'elenco delle clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria.

Una scelta singolare, che avrebbe dovuto suscitare curiosità in sede interpretativa dal momento che, eccezion fatta per la lettera p, tutte le altre contemplano una sola ipotesi ciascuna²⁹⁵.

Comprendere il perché di questo accostamento costituisce una tappa obbligata verso l'individuazione degli obiettivi che la lettera q intende perseguire nel garantire un meccanismo di protezione nei confronti della parte debole.

In questa direzione, risulta indispensabile uno sforzo ricostruttivo teso a chiarire i rapporti tra le due parti della norma, seppur all'interno di un lavoro incentrato sull'esame della seconda.

In tal modo, sarà possibile cogliere la reale portata applicativa della clausola che subordina l'adempimento delle obbligazioni del professionista al rispetto di particolari formalità.

A tal fine, pare utile procedere ad una breve disamina dell'ambito di applicabilità della lettera q sotto il profilo soggettivo nella consapevolezza, come anticipato, che l'esegesi della seconda parte della lettera q presuppone necessariamente un previo chiarimento dei rapporti tra le due ipotesi contemplate al suo interno.

Il primo precetto contenuto nella lettera q dell'art. 33 stabilisce la presunzione di vessatorietà per le clausole che hanno l'effetto di "limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatarî".

Per comprendere l'esatta portata della disposizione, è bene interrogarsi in via preliminare sul significato delle espressioni "mandatario" e "in nome di".

²⁹⁵ La lettera p fa riferimento alle clausole che hanno l'effetto di «riservare al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto».

La figura del mandatario è stata oggetto di una duplice lettura.

La prima, più tecnica ed ancorata al dato letterale, limita l'applicabilità della disposizione alle sole ipotesi di mandatario in senso stretto.

La seconda, basata su un'interpretazione estensiva del testo di legge, prende in considerazione qualsiasi soggetto dotato di potere rappresentativo anche se attenuato rispetto a quello del mandatario²⁹⁶.

La questione non presenta un rilievo meramente teorico poiché da essa discendono pesanti implicazioni in sede operativa. Il consumatore, infatti, non è sempre in grado di distinguere il mandatario da figure ad esso affini ma non identiche. Si pensi a quanti collaborano con il professionista limitandosi a raccogliere adesioni contrattuali e siano privi del potere di stipulare per suo conto.

Avvalendosi di incaricati che non siano mandatarî in senso tecnico, viene a mancare il presupposto soggettivo di applicazione della lettera q.

In tal modo, il professionista può eludere con relativa facilità la previsione in esame, sottraendosi alla presunzione di vessatorietà della clausola unilateralmente imposta e alla sanzione ad essa correlata.

Un'attenta considerazione della *ratio* della normativa sul consumo consente di prendere posizione sul punto e suggerisce di dissentire da questa prima ricostruzione.

Il legislatore consumeristico ha voluto offrire una tutela sostanziale al consumatore mediante la predisposizione di meccanismi protettivi che riequilibrano la sua posizione all'interno della vicenda contrattuale²⁹⁷.

E' evidente, dunque, che la natura del rapporto esistente tra il professionista e il soggetto da lui incaricato non può essere considerata il criterio dal quale far dipendere l'operatività della lettera q.

Ai fini della sua applicazione, è irrilevante il *nomen iuris* con cui si identifica il legame tra rappresentato e rappresentante²⁹⁸.

²⁹⁶ Sulla contrapposizione tra lettura formalistica ed estensiva della nozione di mandatario cfr. LENER e BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in *I contratti del consumatore*, cit. p. 277.

²⁹⁷ Non vi è unanimità di vedute sull'azione di riequilibrio tra le posizioni contrattuali dei contraenti espletata dalla normativa comunitaria. Una dottrina minoritaria, infatti, ritiene che le norme a tutela del consumatore siano state volute dal legislatore europeo per risolvere un problema di inefficiente *race to the bottom* (selezione avversa) «basata sul fatto che i consumatori non leggono tutte le clausole dei contratti, ma si soffermano solo su alcune e gli imprenditori ne approfittano introducendo clausole vessatorie, offrendo i beni per un corrispettivo più basso», così BAFFI, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive: le teorie americane e il diritto italiano*, in *Contratti*, 2010, p. 392.

²⁹⁸ Tra gli Autori che hanno sottolineato la necessità di tutelare il consumatore quando si rapporta con un soggetto diverso dal semplice mandatario cfr. LUCCHESI, sub art. 33, 2° co., lett. q, *Codice del consumo*, a cura di VETTORI, Padova, 2007, p. 312; UBALDI, sub. art. 33, 2° co., lett. q, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Commentario Schlesinger*, diretto da ALPA e PATTI, Milano, 2003, p. 547.

Ciò che rileva, invece, è che il consumatore, adoperando l'ordinaria diligenza, possa constatare l'estraneità del soggetto a cui si rapporta rispetto alla figura del professionista²⁹⁹.

L'esigenza di garantire l'effettiva salvaguardia delle ragioni del consumatore, dunque, suggerisce di applicare la prima parte della lettura q anche in presenza di individui muniti di potere rappresentativo seppur diversi dal mandatario, sul presupposto che il consumatore debba poter conoscere la qualifica della persona che agisce a vario titolo per il professionista³⁰⁰.

In altre parole, qualora dal contesto contrattuale si evince che la persona con la quale il consumatore si interfaccia non è il professionista, bensì un individuo a lui collegato da un rapporto di mandato, dipendenza³⁰¹ o da qualsiasi pattuizione con cui il professionista lo abbia incaricato di svolgere attività nel suo interesse, sussistono gli estremi per l'applicazione della disposizione in esame.

Chiarita la nozione di mandatario, una dottrina ancor più attenta si è spinta oltre, interrogandosi sul significato dell'espressione "in nome di"³⁰².

Introducendo il requisito della spendita del nome, il nostro legislatore si è discostato da quello comunitario mostrando, almeno in apparenza, l'intenzione di limitare l'ambito di operatività della disposizione alle sole ipotesi della rappresentanza diretta³⁰³.

Se, infatti, il mandatario agisce non solo per conto ma anche in nome del professionista, è quest'ultimo il diretto contraente del consumatore.

²⁹⁹ E' stato acutamente sottolineato che il consumatore deve potere identificare tale soggetto quale propagazione del professionista e quale «via strumentale di accesso contrattuale ai beni o ai servizi offerti dal professionista stesso», così UBALDI, *op. ult. cit.*, p. 378. Sul punto di veda anche BELLI, *Gli enti pubblici come "professionisti" e come "consumatori". Art. 1469 bis comma 3 n. 15 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 974.

³⁰⁰ Una recente dottrina ha utilizzato l'espressione «mandatari attenuati» per sostenere l'operatività della disposizione in esame in presenza di un individuo incaricato dal professionista e dotato di un potere contrattuale diverso da quello del mandatario. Sul punto cfr. CERVELLI, *I contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo*, a cura di CESARO, Padova, 2007, p. 258.

³⁰¹ Il rapporto di dipendenza tra soggetto incaricato e professionista è sufficiente ai fini dell'applicazione della lettera q: il dipendente, infatti, è un soggetto che può entrare in contatto con il consumatore. Pertanto, se la parte debole è in grado di cogliere l'estraneità del dipendente rispetto al professionista-datatore di lavoro, non sussistono valide ragioni per escludere dall'ambito di operatività della disposizione, le ipotesi di lavoro subordinato.

³⁰² Per un approfondimento sul punto cfr. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., p. 146.

³⁰³ Il riferimento alla spendita del nome come presupposto di applicabilità della disposizione in esame era già contenuto nei disegni di legge presentati alla Camera in data 16.1.1995 (disegno di legge n. 1882) e in data 4.4.1995 (disegno di legge n. 1600). In realtà, se non si ritengono vincolanti i termini usati (considerando che la lettera n. dell'art. 1341 octies c.c. non contiene l'espressione "in nome di"), risulta applicabile la sanzione del patto di esonero della responsabilità civile per il fatto degli ausiliari ex art. 1228 c.c.

Ne consegue che la limitazione della sua responsabilità deve essere valutata alla luce dei principi di cui all'art. 1229 c.c.³⁰⁴

Stretta all'interno di tali limiti, la prima parte della lettera q pare essere un inutile doppione della norma codicistica in tema di esonero da responsabilità nonché dell'art. 33, 2° co., lett. b, cod. cons.³⁰⁵ poiché, anche nelle ipotesi in cui manca il requisito della *contemplatio dominii*, il consumatore potrebbe appellarsi a tali disposizioni al fine di ottenere un'adeguata protezione³⁰⁶. Diviene, allora, essenziale capire quale sia il *proprium* della prima parte della lettera q rispetto alla lettera b del medesimo articolo e all'art. 1229 c.c.

La confusione redazionale che connota la normativa consumeristica, infatti, ha causato un difetto di coordinamento tra le disposizioni in esame.

L'art. 33, 2° co., lett. b, c. cons, a differenza dell'art. 1229 c.c., sottopone a giudizio di abusività ogni limitazione di responsabilità, non solo quelle per dolo o per colpa grave, ma anche quelle per colpa lieve.

Nei contratti del consumatore, dunque, la questione della liceità si pone tanto in relazione alle limitazioni di responsabilità, posto che il Codice del consumo detta una disciplina unitaria che non tiene conto della variabile "elemento soggettivo", quanto all'accordo limitativo in se stesso.

E' del pari innegabile che, se si ritiene che la prima parte della lettera q riguarda tutti i casi in cui si limita la responsabilità del professionista per i contratti stipulati da un suo incaricato, essa non presenta alcun carattere innovativo e peculiare rispetto alla previsione della lettera b.

In realtà, il primo inciso della lettera q vuole colpire le clausole che fanno dipendere dal professionista la scelta di concludere o meno il contratto³⁰⁷.

La clausola in esame realizza uno svuotamento del tipo legale evocato dal predisponente attraverso il rinvio al *nomen iuris* poiché deroga in modo unilaterale alla sua disciplina³⁰⁸.

³⁰⁴ Ai sensi dell'art. 1229 c.c. «E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. E' nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico».

³⁰⁵ L'art. 33, 2° co., lett. b, c. cons. stabilisce la presunzione di vessatorietà fino a prova contraria delle clausole che hanno l'effetto di «escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista». La lettera b riproduce integralmente il testo dell'art. 1469 bis num. 2 c.c.

³⁰⁶ Sul punto cfr. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, cit., p. 411.

³⁰⁷ Tipico il caso della clausola "sino ad esaurimento scorte".

Una simile circostanza solleva delicati problemi quanto al rispetto dei principi di equità e giustizia, dei quali le norme di diritto positivo rappresentano una sorta di oggettivizzazione: ammettere che il regolamento privato di natura unilaterale possa escludere sistematicamente l'efficacia di precetti dispositivi, significa disconoscerne il valore normativo, in pregiudizio del contraente debole³⁰⁹.

Se si vogliono chiarire i rapporti tra lettera b e lettera q ci si deve porre in un'altra ottica, che permette di superare l'obiezione facente leva sul carattere ripetitivo della lettera q nella sua prima parte.

La lettera q disciplina i casi in cui il mandante limita gli obblighi assunti in suo nome dal mandatario, rendendo meno gravosi gli obblighi negoziali a cui è tenuto in deroga ai principi in materia di contratto di mandato.

Il legislatore non ha voluto censurare tutte le clausole che limitano la responsabilità per inadempimento del professionista nei casi in cui il contratto sia stato stipulato da un suo incaricato, ma le sole pattuizioni che hanno l'effetto di rendere meno gravoso l'impegno negoziale assunto dal professionista.

Così interpretata, la disposizione presenta un ambito applicativo più ristretto³¹⁰ rispetto a quello delle clausole limitative della responsabilità del professionista di cui alla lettera b³¹¹.

Nel riferirsi al contratto di mandato, e nell'introdurre il requisito della spendita del nome, il legislatore ha voluto solo individuare a titolo esemplificativo uno dei possibili ambiti applicativi della clausola che, in realtà, si estende anche a figure gestorie non rappresentative.

³⁰⁸ Nonostante si assista alla deroga di norme di carattere dispositivo, la combinazione di numerose deroghe fa sì che il tipo contrattuale venga sottoposto ad una modifica qualitativa. L'autorità giudiziaria, pertanto, è chiamata ad operare un delicato giudizio sul *quantum* della deroga. Sul punto cfr. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, cit., p. 500: «quando la materia o sostanza del rapporto risulti irriducibile alla forma utilizzata, la discrasia che viene a crearsi tra l'una e l'altra si concreta in un abuso del tipo, in una utilizzazione deviante di esso, che l'ordinamento non può consentire». Si veda anche GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto "atipico"*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, p. 238.

³⁰⁹ Operato il rinvio ad uno specifico tipo contrattuale, infatti, il predisponente non può discostarsi in maniera sistematica dalla sua disciplina che costituisce, pertanto, un utile parametro per valutare la vessatorietà della clausola.

³¹⁰ In quest'ottica la prima ipotesi della lettera q specifica il contenuto degli artt. 1229 c. c e art. 33, 2° co., lett. b, c. cons. poiché precisa la natura derogatoria delle clausole che limitano la responsabilità civile del mandante

³¹¹ E' stato sostenuto che, ai fini dell'applicazione della lettera q, debbano sussistere i seguenti presupposti: innanzitutto ci si trovi in presenza di una clausola di esonero della responsabilità prevista per colpa lieve. Tale clausola, inoltre, non deve riguardare obbligazioni derivanti da norme di ordine pubblico e deve determinare una deroga ai principi di tema di rappresentanza. Infine, deve sussistere la spendita, anche implicita, del nome del professionista rappresentato. Così BELLI, *Commentario al capo 14 bis del Codice civile*, cit., p. 411.

Diversamente, riducendo la sua portata alla sola rappresentanza diretta, rimarrebbero prive di tutela le ipotesi più frequenti e pericolose per il consumatore, e cioè i casi in cui costui venga in contatto con un soggetto dotato di potere rappresentativo solo per via indiretta.

La spendita del nome, dunque, costituisce una clausola generale più che il presupposto di operatività della disposizione in esame: il requisito minimo richiesto dal legislatore si sostanzia nella identificabilità del professionista ad opera del consumatore che deve poter desumere l'esistenza del potere rappresentativo in capo al collaboratore del professionista³¹².

Ai fini dell'applicabilità della disposizione in esame, è sufficiente che il consumatore, utilizzando l'ordinaria diligenza, riesca a cogliere da fatti univoci e concludenti, la sussistenza del potere rappresentativo in capo al soggetto con il quale si rapporta.

La presunzione di vessatorietà, pertanto, si collega al fatto che il consumatore deve poter contare su un impegno per lo meno equivalente della sua controparte³¹³.

In dottrina si è affermato che il valore aggiunto della lettera q rispetto alla lettera b dell'art. 33 risiede nella sua capacità di chiarire che la sostituzione del mandatario al professionista nella stipula dei contratti non giustifica la previsione a carico del consumatore di un determinato requisito di forma, dal cui rispetto si faccia dipendere la possibilità di ottenere l'adempimento della prestazione del professionista³¹⁴.

In realtà, i chiarimenti poc'anzi effettuati in merito alla portata applicativa della prima ipotesi contemplata dalla lettera q – nello specifico la necessità di interpretare in senso estensivo la nozione di mandatario e il requisito della spendita del nome – unitamente a un approccio funzionalistico alla questione, inducono a dissentire da una simile ricostruzione.

Se la *ratio* della vessatorietà della clausola che limita gli obblighi del professionista mandatario si individua nella creazione di un'ingiustificata situazione di squilibrio tra i

³¹² In quest'ottica, l'esibizione su depliant illustrativi o nei locali commerciali dei segni distintivi che identificano i prodotti del professionista integrano il requisito della *contemplatio dominii* che può consistere anche in un comportamento concludente del collaboratore tale da far riferire al professionista l'attività negoziale posta in essere dal primo.

³¹³ A titolo esemplificativo, si pensi all'eventualità in cui il consumatore sia indotto a concludere un contratto dalla presenza di determinate clausole: se queste fossero soggette ad un'ulteriore approvazione del mandante, ne deriverebbe la loro inevitabile vessatorietà, non potendo il consumatore prevedere le conseguenze della successiva approvazione. O ancora, si considerino le clausole che, limitando la vincolatività per il mandante delle informazioni date dal mandatario, renderebbero solo quest'ultimo responsabile verso il consumatore

³¹⁴ Sul punto BELLI, *op. loc. ult. cit.*

contraenti, ne deriva che il riferimento al rapporto di mandato ha carattere meramente esemplificativo.

La disposizione sul mandato fa emergere un problema che si può presentare anche al di fuori delle specifiche previsioni di legge.

In quest'ottica, le due ipotesi contemplate dalla lettera q devono essere considerate due distinti precetti che si possono affiancare esclusivamente in ragione della loro affinità funzionale.

A conferma di quanto si sostiene – e cioè che l'inclusione di due fattispecie nella medesima lettera non consente di affermare che le stesse abbiano un'identità strutturale – è utile il rinvio alla lettera p dell'art. 33, 2° co., c. cons.

Mentre la prima parte, limitando la responsabilità del professionista per il difetto di conformità del bene venduto o del servizio prestato, può essere considerata una specificazione della lettera b³¹⁵; la seconda è riconducibile alla lettera m in quanto attribuisce un potere discrezionale e unilaterale al professionista, nel caso di specie il potere di interpretazione³¹⁶.

Anche in questo caso il legislatore ha accostato due ipotesi che, forse, avrebbero potuto trovare una collocazione più idonea in due distinte lettere dell'elenco di cui all'art. 33, 2° co., c. cons.

Differentemente dalla lettera q, nel caso della lettera p non sussiste nemmeno un'affinità teleologica tra le due: pur essendo entrambe due clausole di squilibrio, la prima limita la responsabilità del professionista mentre nella seconda lo squilibrio tra i diritti e gli obblighi dei contraenti concerne la disponibilità del vincolo contrattuale, più che il regime di responsabilità.

Questi accostamenti, dunque, sembrano essere il frutto di una scarna considerazione delle questioni problematiche sottese alle clausole più che il risultato di una decisione consapevole e ponderata del legislatore comunitario.

Tali considerazioni possono essere estese anche al legislatore nazionale, che si è limitato ad introdurre marginali aggiustamenti alla disciplina comunitaria, senza porre rimedio ai suoi difetti di formulazione.

Lettere p e q costituiscono il chiaro esempio della natura meramente classificatoria dell'elenco fornito dal legislatore in tema di clausole vessatorie.

³¹⁵ In tal senso cfr. Trib Palermo 4.7.2000, in *Danno e resp*, 2001, p. 185.

³¹⁶ Così LUCCHESI, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di VETTORI, sub art. 33, 2° co., lett. p, Padova, 2007, p. 311. In senso contrario cfr. TONIATO, sub art 1469 bis, 3° co., n. 14, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di BIANCA, Padova, 1998, p. 408.

E' un dato incontrovertibile che la lista grigia non sia tassativa ma rappresenti il tentativo di concretizzare la clausola generale di cui all'art. 33, 1° co., c. cons. individuando ipotesi in cui lo squilibrio tra diritti e obblighi è particolarmente evidente. Nonostante ciò, si ritiene che una più spiccata sensibilità teleologica sarebbe stata maggiormente in sintonia con gli obiettivi di tutela alla base della normativa consumeristica.

Tornando alla lettera q, la limitazione della responsabilità del professionista può essere attuata direttamente, mediante una clausola che riduce gli obblighi del predisponente (prima parte lettera q), oppure per via indiretta, attraverso la previsione a carico del consumatore di procedimenti formali, la cui inosservanza è fonte di esclusione della responsabilità del contraente forte (seconda parte lettera q).

E' evidente, dunque, che la seconda ipotesi in esame non costituisce una *species* rispetto alla prima parte della disposizione poiché essa non la riproduce aggiungendo un ulteriore elemento specializzante.

Del resto, è stato sollevato da più parti il dubbio di un'ingiustificata restrittività della seconda parte della disposizione in esame, se interpretata letteralmente³¹⁷.

In questo caso, infatti, si giungerebbe al risultato paradossale per cui la presunzione di vessatorietà opera quando il contratto viene concluso dal collaboratore del professionista mentre la medesima clausola non è vessatoria se alla stipula del contratto abbia provveduto direttamente il professionista³¹⁸.

Per le ragioni enucleate sino ad ora, l'interprete è tenuto a cimentarsi in un procedimento di qualificazione della funzione del singolo requisito di forma riservato negozialmente, prescindendo, dunque, dal collegamento con il rapporto di mandato.

L'indagine sull'effettiva funzione assolta dalla prescrizione di forma volontaria di cui alla lettera q seconda parte dimostra che siamo in presenza di una manifestazione strumentale alla limitazione della responsabilità del professionista.

³¹⁷ Così CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, cit., p. 411.

³¹⁸ Sull'impossibilità di considerare vessatoria la subordinazione delle obbligazioni del professionista al rispetto di vincoli di forma solo quando il contratto sia stato concluso dal rappresentante cfr. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratto di impresa*, Milano, 1997, p. 102. In senso contrario cfr. PODOGGHE, *La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano, 2000, p. 237, che giustifica questa interpretazione restrittiva ritenendo che le esigenze di tutelare il consumatore aumentano qualora il contratto non sia stato concluso direttamente dal professionista.

Questo consente di individuare un collegamento tra la lettera q, la lettera b ed il giudizio di vessatorietà di cui all'art. 33, 1° co., c. cons.³¹⁹.

E' noto che il legislatore comunitario, mediante il riferimento al "significativo squilibrio"³²⁰ e rinunciando ad un'elencazione tassativa come quella contenuta nell'art. 1341, 2° co., c.c., abbia voluto demandare all'interprete il delicato compito di determinare il contenuto precettivo della norma attraverso un'attenta opera di bilanciamento di interessi³²¹.

L'elenco dell'art. 33, 2° co., c. cons., infatti, ha una funzione meramente ordinante: la terminologia adoperata e il rinvio all'art. 3, n. 3 dell'Allegato n. 1 alla Direttiva 93/13, che si riferisce a un insieme di clausole che "possono", non "devono" presumersi vessatorie fino a prova contraria, fanno propendere per il valore indicativo dell'elencazione.

La clausola generale del significativo squilibrio si affianca alla tipizzazione di condizioni generali di contratto che si presumono vessatorie, consentendo altresì di estendere la valutazione di abusività alle clausole differenti da quelle testualmente indicate dal legislatore³²².

³¹⁹ Ai sensi dell'art. 33, 1° co., c. cons: «nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

³²⁰ Della nozione si sono occupati approfonditamente dottrina e giurisprudenza al momento dell'entrata in vigore della novella al Codice civile. «Il significativo squilibrio è un parametro fondamentale per la valutazione di vessatorietà e per la conseguente declaratoria di inefficacia [ndr attualmente, in virtù dell'art. 36 c. cons., nullità] di singole clausole contrattuali vessatorie»: così TROIANO, sub *art. 1469 bis, comma 1*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, Commentario agli artt. 1469-bis 1469-sexies del codice civile*, a cura di ALPA e PATTI, Milano, 2003, p. 32. Di squilibrio normativo si è parlato anche nei termini di «abuso di potere regolamentare da parte del professionista, attuato attraverso l'inserzione di clausole che rendono gravosa la posizione del consumatore sotto il profilo, appunto, dei diritti e degli obblighi»: così CARINGELLA, *Sindacato sull'abusività della clausola*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di CARINGELLA e DE MARZO, Torino, 2007, p. 86; LAMORGESE, *Clausole abusive e criteri di rilevazione: un itinerario giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 509. In giurisprudenza si è sostenuto che il significativo squilibrio consiste nella «sperequazione delle posizioni giuridiche che si determina a carico del consumatore privo di potere contrattuale»: così Trib. Torino, 22.9.2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 981.

³²¹ Il significativo squilibrio è un parametro che non può essere definito a priori ma è «da rimettere caso per caso alla prudente discrezionalità del giudicante»: così ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 913. L'ordinamento tedesco, al §9, *Abs. 2* dell'*AGB-Gesetz*, individua due indici dell' "incongruo svantaggio". Il 307 parla di unangemessene Benachteiligung (svantaggio sproporzionato) e di von einigem Gewicht (di un qualche peso). Al contrario, l'autorità giudiziaria italiana è stata investita di un potere discrezionale piuttosto penetrante. Essa valuta lo squilibrio alla luce di una considerazione complessiva dei diritti e degli obblighi di entrambe le parti, non solo del consumatore. La verifica circa lo squilibrio, dunque, non può essere condotta sulla base di parametri astratti ma impone un giudizio globale delle specifiche condizioni che si presentano nella realtà fattuale e delle posizioni giuridiche sottese all'operazione nel suo complesso. Occorre superare la visione formale dello squilibrio che, quale criterio di composizione di interessi contrapposti, trova proprio nell'analisi funzionalistica la sua corretta specificazione.

³²² Le clausole dell'elenco di cui all'art. 33, 2° co., c. cons sono inevitabilmente il frutto di un periodo storico preciso e, pertanto, sono destinate ad essere superate a seguito di mutamenti economico-sociali e

Pertanto, se una clausola non rientra nel precetto di legge, essa può essere dichiarata vessatoria in virtù del richiamo all'art. 33, 1° co., c. cons. sempre che sia fonte di un significativo squilibrio a carico del consumatore.

Poiché non esistono parametri esplicativi che consentono di individuare lo squilibrio rilevante ai fini dell'abusività, l'autorità giudiziaria è tenuta a valutare gli effetti giuridici che scaturiscono dalla clausola nel loro complesso, al fine di verificare se vi sia un'alterazione dell'equilibrio normativo tra le posizioni giuridiche dei contraenti³²³.

La considerazione della dimensione effettuale di una condizione contrattuale predisposta unilateralmente, pertanto, è di estrema importanza poiché la vessatorietà può essere dichiarata anche quando l'oggetto della clausola non sia di per sé vessatorio, purché da essa consegua indirettamente il significativo squilibrio.

Al di là della specifica previsione contenuta nell'art. 33, 2° co., c. cons. – che costituisce solamente un tentativo di enunciare le ipotesi in cui il legislatore individua in modo più evidente la sproporzione tra i diritti e gli obblighi delle parti – le clausole di forma unilateralmente predisposte sono vessatorie quando consentano al professionista di rendere l'impegno a cui è tenuto il consumatore più gravoso rispetto al suo. Questo obiettivo può essere raggiunto in diversi modi: limitando direttamente o indirettamente la propria responsabilità, determinando in senso restrittivo la prestazione del predisponente o riducendo i diritti del consumatore.

L'interprete, se vuole garantire un'effettiva tutela del consumatore, è tenuto a scoprire le reali finalità perseguite tramite l'imposizione di un vincolo di forma e verificare se

dall'evoluzione dei traffici commerciali. «Ed indubbiamente, l'impostazione normativa appare del tutto condivisibile. Qualora, infatti, fossero stati introdotti dei parametri ai quali ancorare il giudizio di abusività, essi, data la complessità della fenomenologia, si sarebbero, comunque, potuti rivelare, con riferimento alle singole fattispecie, insufficienti ai fini della dichiarazione di abusività di una clausola e, nello stesso tempo, avrebbero vincolato l'interprete al rispetto degli stessi»: così GRAZIUSO, *Il giudizio di vessatorietà nei contratti dei consumatori e la legittimazione passiva delle associazioni dei professionisti*, in *Resp. civ. prev.* 2008, p. 2475.

³²³ E' già emerso come la nozione di equilibrio abbia suscitato un grande interesse tra gli studiosi della materia. Il legislatore si riferisce all'equilibrio normativo, non economico, mostrando l'intenzione di delimitare il campo di indagine solo all'equilibrio relativo ai diritti e agli obblighi delle parti. Il giudice, ai fini della valutazione del carattere vessatorio di una clausola contrattuale, non può sindacare la congruità tra l'oggetto del negozio e il valore economico della controprestazione. Sul punto cfr. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra professionisti e consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 92. Nel medesimo senso anche la giurisprudenza: Trib. Torino, 16.4.1999, in *Foro it.*, 2000, I, p. 299; Trib. Roma 17.6.1998, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1098; Trib. Roma, 24.3.1998, in *Foro it.*, 1999, I, p. 332. In realtà da più parti si è dubitato della possibilità di tracciare una netta linea di demarcazione tra equilibrio economico e normativo: se il contratto è lo strumento per regolare rapporti patrimoniali, ogni sua clausola è potenzialmente in grado di incidere sulla convenienza economica dell'affare. Poiché i diritti e gli obblighi non sono posizioni asettiche è impossibile escludere la rilevanza dell'assetto economico del contratto. Sul punto cfr. ROPPO, *Il contratto del 2000*, Torino, 2002, p. 39.

l'utilizzo della forma volontaria determina una consistente alterazione (in senso peggiorativo per la parte debole) dei diritti e gli obblighi che scaturiscono dal contratto.

A tal fine, l'interpretazione del precetto normativo deve necessariamente essere orientata in senso assiologico e sistematico e deve trovare un adeguato supporto in parametri valutativi che considerino le specificità del caso concreto³²⁴.

Questo approccio consente di individuare numerosi punti di contatto tra le clausole elencate dal legislatore; inoltre, superando il dettato normativo, evidenzia le profonde affinità teleologiche esistenti tra tali clausole e quelle prescrizioni che, pur non avendo trovato un esplicito riconoscimento in sede codicistica, non per questo possono sottrarsi alle esigenze di controllo che informano la disciplina dei consumi.

Volendo ora procedere ad una sintesi dei risultati ai quali la ricerca è pervenuta si può affermare che la clausola prevista dal secondo inciso della lettera q è indubbiamente una manifestazione del potere attribuito ai privati dall'art. 1352 c.c. di eleggere volontariamente un vincolo di forma in assenza di una prescrizione legale in tal senso.

Ritenendo che l'ipotesi in esame fosse una mera specificazione della prima parte della lettera q, si è forse trascurata la sua vera natura, l'essere per l'appunto una clausola di forma, e si è fornita un'interpretazione troppo limitata del suo ambito di operatività, posto in stretta correlazione con l'esistenza di un rapporto di mandato.

Da un attento esame della fattispecie risulta possibile sussumere al suo interno tutte le clausole per le quali le obbligazioni del professionista non derivano dalla conclusione del contratto ma sono subordinate all'esecuzione di determinate formalità.

E' questo il caso delle clausole che pongano a carico del consumatore particolari procedimenti formali per ottenere l'adempimento della prestazione da parte del professionista³²⁵.

Acquisiti questi rilievi in ordine all'inquadramento della lettera q, si rende necessario un ampliamento della ricerca per collocare le clausole di forma nei contratti del

³²⁴ In questa prospettiva, diventa secondaria la questione della collocazione sistematica di una disposizione: se, infatti, l'attività ermeneutica deve essere informata al criterio del *favor* verso il consumatore, assume rilevanza l'impatto che la singola disposizione produce sul rapporto di consumo considerato nella sua concretezza. Sul punto cfr. ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit., p. 872.

³²⁵ Si pensi alle clausole che impongono al consumatore determinati oneri di forma nei contratti di assicurazione, di deposito e di trasporto. Al contrario, la clausola che rimette l'obbligazione della parte forte al preventivo adempimento da parte del consumatore di una formalità richiesta *ex lege* non integra gli estremi della clausola vessatoria ex art. 33, 2° co., lett. q, c. cons. a fronte della diversità ontologica che il requisito formale di natura convenzionale presenta in quest'ultima ipotesi. Sul punto cfr. SCALFI, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993, sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., p. 452.

consumatore all'interno del fenomeno del formalismo convenzionale considerato in un'accezione più generica.

Si tratta di un passaggio emblematico del percorso di indagine intrapreso che funge da meccanismo di raccordo tra l'analisi tradizionale delle forme autoimposte e i più recenti fenomeni di irrigidimento dei vincoli di forma – tipico il caso delle *merger clauses* – dei quali ci si occuperà nel terzo capitolo del presente lavoro.

In questa prospettiva, l'esame della natura delle disposizioni consumeristiche si rivelerà di estrema attualità, per poi chiarire i rapporti tra Codice civile e Codice del consumo.

La questione lungi dall'aver un rilievo meramente nominalistico: a seconda di quale sia la ricostruzione alla quale si intende accordare la propria preferenza, mutano sensibilmente i rapporti tra i precetti di forma contenuti nella disciplina consumeristica e l'art. 1352 c.c.

Pertanto, una breve disamina delle opinioni espresse dalla dottrina in materia costituisce il punto di partenza dell'indagine volta a verificare se la disciplina consumeristica possa essere estesa al di là del suo ambito di operatività, prospettandone l'applicazione analogica nei rapporti contrattuali che non vedono coinvolti il consumatore e il professionista ma che presentano tratti comuni nell'assenza di una situazione di uguaglianza sostanziale tra i contraenti³²⁶.

8. Codice del consumo tra legislazione speciale e processi di decodificazione

Si è già avuto modo di osservare che il D. Lgs 206/2005 rappresenta il tentativo di raccogliere in un'unica opera il copioso repertorio normativo sviluppatosi nel corso degli anni in tema di consumi.

³²⁶ La logica di protezione, infatti, dovrebbe muoversi in un ambito applicativo ben più generalizzato, superando i limiti imposti dai rapporti di consumo fino a tutelare ulteriori figure di contraenti deboli. A titolo esemplificativo, si pensi alla disciplina sulla subfornitura introdotta dalla legge n. 192/98, finalizzata ad ottenere rapporti più equilibrati nei contratti *business to business*. La qualifica di imprenditore del contraente protetto, in questi casi il subfornitore, non esclude che costui versi in una situazione di debolezza rispetto al committente. Pertanto, in una prospettiva di effettiva correzione degli squilibri, le esigenze di tutela non possono essere confinate all'interno dei soli rapporti tra professionista e consumatore. Senza alcuna pretesa di completezza, cfr. VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di GITTI e VILLA, Bologna, 2008, p. 118; DELLI PRISCOLI, *Consumatore, imprenditore debole e principio di uguaglianza*, in *Contr. impr. Europa*, 2003, p. 749; LECCESE, *Nozione e contenuto del contratto, in la subfornitura nelle attività produttive*, a cura di CUFFARO, Napoli, 1998, p. 3; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della concorrenza*, disponibile sul sito http://judicium.it/news/ins_05_03_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf

L'esistenza di un unico testo di legge facilita la fruizione delle disposizioni consumeristiche, delle quali, per la prima volta, si ha una visione organica e sistematica. Il delinarsi di un "microsistema" autonomo, inoltre, rende più agevole il perseguimento di finalità educative e di deterrenza finalizzate alla prevenzione dei comportamenti pregiudizievoli per il consumatore e costituisce altresì un'occasione per verificare quale sia stato l'impatto della disciplina del consumo sul sistema giuridico italiano.

Poiché il Codice del consumo disciplina un'unica tipologia contrattuale, i contratti tra professionista e consumatore, è ritenuto da molti un codice speciale³²⁷.

E' opportuno, pertanto, riflettere brevemente sulla dialettica tra parte generale e regimi speciali³²⁸.

Quale esempio di codificazione di settore, il D.Lgs 206/2005 confermerebbe il tramonto del monoteismo del Codice civile (parte generale), soppiantato dall'emersione di una pluralità di codici speciali. In quest'ottica, la materia consumeristica avrebbe determinato l'arretramento del diritto comune rispetto al dilatarsi del diritto speciale³²⁹.

Indubbiamente nel Codice del consumo ha trovato spazio materiale normativo che si è sedimentato per più di dieci anni: da questo punto di vista il Codice è dotato di una notevole efficienza organizzativa poiché, come ogni esperienza di codificazione, introduce elementi di ordine in un panorama prima frastagliato e disomogeneo.

³²⁷ Il diritto dei consumatori rifletterebbe logiche di parte speciale, poiché la disciplina riservata al contratto tra professionista e consumatori è «marcatamente diversa da quella del contratto di diritto comune»: così ROPPO, *Parte generale o parte speciale del contratto nel codice del consumo*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, a cura di VISINTINI, II, p. 69. Concordi nel ricondurre il Codice del consumo nell'alveo delle codificazioni di settore, ROLLI, *Il «codice» e i «codici» nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 1512; CALAYS e AULOY; *L'influence du droit de la consommation sur le de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *Riv. trim. dr. civ.*, 1994, p.239; PIZZIO, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 53.

³²⁸ Sui rapporto tra parte generale e parte speciale si è sviluppato un ampio dibattito dottrinale a partire dagli anni '80. Cfr, *ex multis*, CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., p. 5; C. SCOGNAMIGLIO, *Statuti dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina di settore*, in *Traduzione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di MACARIO e MILETTI, Milano, 2006, p. 263; IRTI, *Codici di settore: compimento della decodificazione?*, in *Dir. e soc.*, 2005, p. 131; GRUA, *Le Code civil, code résiduel*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 253; VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 313; LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 379; FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 421.

³²⁹ Il problema della specialità è anche il problema della progressiva sottrazione dei (valori sottesi ai) diritti di settore alla dialettica assiologica in passato contrassegnata da una supremazia dei valori del diritto generale [...] la tendenziale autarchia normativa del diritto speciale è, al contempo, autarchia assiologica, indifferenza dei sistemi giuridici privatistici rispetto ai valori sottesi al diritto generale", PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 708.

Tuttavia, collocare le norme in materia di contratti del consumatore nell'area delle codificazioni di settore conduce alla negazione di un principio generale di tutela del contraente debole³³⁰. Tale paventato esito interpretativo discende proprio dal carattere speciale del *corpus* normativo in considerazione³³¹.

Sostenere il contrario del resto, significherebbe considerare il Codice del consumo come codice di un'unica categoria di operatori economici, introducendo in tal modo una distinzione simile a quella esistente in passato tra Codice civile e Codice del commercio³³².

Numerose considerazioni consentono di dissentire da una simile ricostruzione.

I codici sono il prodotto di rivoluzioni, lenti cambiamenti politici e laboriose elaborazioni legislative³³³.

Il Codice del consumo, al contrario, non rappresenta un «veicolo di un progetto politico-culturale» come si definiscono i codici ottocenteschi e quelli moderni³³⁴.

Anche l'analisi contenutistica ne smentisce la natura speciale.

La sua struttura riproduce la logica binaria alla base del Codice civile, che antepone all'esame di singoli tipi contrattuali una parte generale sul contratto³³⁵.

Dunque, anche il modo in cui il Codice del consumo costruisce la disciplina dei contratti tra professionista e consumatore denota una tendenziale tensione verso il generale³³⁶.

³³⁰ E' stato sostenuto che la specificazione del diritto non deve indurre all'abbandono di una prospettiva unitaria, se si vuole promuovere una tutela della persona umana e non del solo consumatore. Sul punto cfr. PERLINGIERI, *Parte generale e norme di settore nelle codificazioni e nella formazione del Common Frame of Reference, Relazione introduttiva*, in *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di NAVARRETTA, Milano, 2007, p. 542.

³³¹ Pur percependo la fluidità del confine tra diritto generale e diritto speciale, disapprova la disapplicazione del diritto comune ai contratti con il consumatore MAZEAUD, *Droit commun du contrat e droit de la consommation*, in *Etudes de droit de la consommation*, Paris, 2004, p. 707. Parte della dottrina estremizza questo ragionamento e auspica l'inserimento all'interno del Codice civile della disciplina consumeristica che presenterebbe la medesima «essenziale razionalità sistematica»: così SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, III, p. 426. Sul punto cfr. S. PATTI, *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, cit., p. 282.

³³² I codici civili moderni superano le logiche del particolarismo giuridico e garantiscono l'unificazione dei soggetti di diritto in attuazione del principio di uguaglianza (formale). Al contrario il Codice del consumo crea un diritto diseguale, mostrando una propensione alla tutela sostanziale della parte debole. Sul punto cfr. VETTORI, sub *art. 1, Codice del consumo*, Padova, 2007, p. 4; DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 721.

³³³ Pare utile, a tal proposito, interrogarsi sull'idea di codice di cui il Codice civile del 1942 è certamente espressione. Sul punto cfr. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 41.

³³⁴ Così ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 677.

³³⁵ Come il Codice civile contiene il titolo «Dei contratti in generale», seguito da quello dedicato ai singoli contratti, così il Codice del consumo prevede sia una disciplina dei contratti del consumatore in generale, sia norme che contemplano singole tipologie di contratti del consumo.

Il diritto del consumo, inoltre, ha sviluppato principi che possono essere estesi ai rapporti patrimoniali in generale³³⁷.

Il Codice del consumo, agli artt. 38, 135, 142, contiene rimandi al Codice del '42: il rapporto di mutua integrazione e l'esigenza di raccordo tra le due discipline, pertanto, non possono esaurirsi nella dicotomia generale *vs.* speciale³³⁸.

Infine, è stato giustamente osservato che il Codice del consumo "non è sede esaustiva di ciò che oggi definiamo come consumatore a livello europeo"³³⁹.

Esso non mostra l'attitudine totalizzante tipicamente codicistica a riformare la disciplina legislativa della materia: l'aver raccolto norme di un determinato settore in unico *corpus* normativo è elemento necessario ma non sufficiente ai fini della sua qualificazione nei termini di codice³⁴⁰.

³³⁶ Le disposizioni consumeristiche non fanno eccezione a regole generali, nel senso dell'art. 14 delle preleggi, ma formulano all'opposto altrettante regole generali»: così GALGANO, *Un codice per il consumo*, in *Vita not.*, 2007, p. 52.

³³⁷ Si pensi al divieto di abuso, alle nozioni di sicurezza e proporzionalità. Questi principi fanno parte del patrimonio normativo del nostro ordinamento e non dispiegano i loro effetti solo in materia consumeristica. La profonda influenza del diritto dei consumatori sulle regole generali in tema di contratto è evidenziato anche da PADFIELD, *The impact of EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, in *Journal of Int. 'l B. Law.*, 1995, p. 195.

³³⁸ Poiché l'art. 38 specifica che si deve applicare il Codice civile per quanto non previsto dal Codice del consumo, la disposizione, a giusta ragione, è stata ritenuta tutt'altro che superflua perché consente di sottolineare la «contiguità» tra Codice civile e Codice del consumo. Sul punto cfr. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 775. DE CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo». Un'occasione perduta?*, in *Stud. iuris*, 2005, p. 1143. Altra dottrina ritiene, al contrario, che gli artt. 38 e 142 siano un'inutile ripetizione l'una dell'altra. In tal senso cfr. PALMIERI, *Arriva il codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra addii e innovazioni*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 79.

³³⁹ Così ADDIS, *Il codice del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit., 2007, XI, p. 874. Sull'incompletezza del Codice del consumo, DE CRISTOFARO, *Il "Codice del consumo"*, in *Leggi civ. comm.*, 2006, p. 751; FALZONE CALVISI, *Il "taglia e incolla" non si addice al legislatore*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, p. 107.

³⁴⁰ Sul punto GENTILI, *Il codice del consumo e i rapporti on line*, in *Dir. internet*, 2005, p. 545; BILOTTA, *Il codice del consumo*, in http://www.personadanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=21969 L'Autore ritiene che – dei requisiti propri di ogni codice, identificati dalla sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato (Adunanza del 20 dicembre 2004 n. 11602), per i quali si rimanda alla nota 184 del presente capitolo – il Codice del consumo sia sprovvisto proprio del primo, concernente la riforma sostanziale della disciplina legislativa in materia di consumo. Si veda anche BILOTTA, *Un riassetto della normativa esistente centrato sull'atto e non sul soggetto*, in *Giuda dir.*, 2005, p. 63, secondo il quale il legislatore consumeristico ha perso l'occasione di sciogliere i principali dubbi interpretativi evidenziati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. E' stato osservato, inoltre, che il legislatore delegato non ha nemmeno sfruttato l'ampiezza della delega conferitagli. Sul punto cfr. DELOGU, *Leggendo il codice del Consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, p. 87; DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 755.

E' errato, dunque, ritenere che l'evoluzione del diritto dei consumatori abbia determinato la regressione del diritto di parte generale, soppiantato dalla centralità dei diritti speciali³⁴¹.

Il Codice del consumo non ha indebolito la vocazione generalista del diritto comune³⁴² e non rappresenta né un mero sottosistema del diritto civile nella forma del testo unico³⁴³, né tanto meno una legge complementare al Codice del 1942³⁴⁴.

Esso esprime un diritto a se stante: quale esito ultimo di un graduale processo di decodificazione del diritto civile³⁴⁵, il Codice del consumo è un codice autonomo e generale, distante dalla logica della legislazione speciale³⁴⁶.

³⁴¹ Del resto, autorevoli Autori si sono schierati a favore della centralità del Codice civile a prescindere dalla crisi che lo ha visto protagonista. Sul punto cfr. SACCO, *Codificare. modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 117; S. PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari, 1999, p. 37.

³⁴² «La logica di parte generale del contratto non soffre affatto come presenza aliena quella di determinate classi o categorie di contratto che, pur identificando una porzione circoscritta dell'universo contrattuale, concorrono tuttavia a definirlo significativamente nella sua «generalità»: così PASSAGNOLI, sub artt 36-38, in *Codice del consumo*, a cura di VETTORI, Padova, 2007, p. 386.

Da questo punto di vista i codici di settore non hanno determinato la scomparsa della disciplina generale del contratto, ma impongono una sua rilettura in una prospettiva evolutiva.

³⁴³ Sul punto cfr. ALESSI, *Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emanazione del Codice del consumo*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 818; CA TELANI, sub art. 1, in *Codice del consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, 2006, p. 3; ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista, Treviso, 23/24/25.3.2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, VI, p. 353.

³⁴⁴ «Se si pensa ai codici di settore come a leggi complementari al codice civile, il distacco fra disposizioni codicistiche non viene ad assumere i connotati di una frattura»: così ALPA, *op. ult. cit.*, p. 355. GALGANO, *Un codice per il consumo*, in *Vita not.*, 2007, p. 50. L'Autore, parlando dei codici di settore (tra i quali annovera il Codice del consumo), ritiene che essi siano «strettamente collegati al codice civile, partecipano della natura stessa del codice civile». Sulla complementarità del diritto dei consumatori rispetto al diritto civile, PIZZIO, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, in *Droit du marché e droit commun des obligations*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1998, p. 53. Infine, vi è chi lo considera un sottosistema che sarebbe speciale in senso improprio, poiché dotato di autonomia ma non ancora autosufficiente. Sul punto MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 1. Vi è chi ha previamente chiarito la nozione di codice che si voglia adoperare per poi assumere una posizione più moderata. Qualora l'espressione «codice» sia intesa in senso debole e adoperata per indicare una «tecnica di costruzione del prodotto legislativo», il Codice del consumo può essere considerato un fenomeno di ricodificazione che ingloba al suo interno materiale normativo precedentemente frammentario. Se, al contrario, si declina la parola in un'accezione forte, riferendosi al prodotto di un determinato contesto socio-economico, il Codice del consumo è distante dal potere essere considerato un codice vero e proprio perché esso «riflette una frammentazione conclamata, addirittura istituzionalizzata, dell'ordine privatistico, confessandone l'impotenza a riconquistare una figura apprezzabilmente unitaria»: così VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1947, p. 76. Per un approfondimento sulle peculiarità della nozione di Codice, in questa seconda accezione GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.*, 1961, p. 390; RODOTA, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 90.; SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, 1968, p. 1031 ss.; FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 347.

³⁴⁵ Sulla decodificazione cfr. IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 145; BRECCIA, *L'interprete tra codice e nuove leggi civili*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 579; BUSNELLI, *Tramonto del codice civile?*, in AA.Vv., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a*

Pare più corretto procedere ad un'analisi del Codice del consumo che tenga conto della complessità dell'ordinamento giuridico e non si basi su una netta distinzione tra diritto dei consumatori e diritto civile, nella consapevolezza che il primo costituisce una componente assai rilevante del secondo, seppur dotata di particolari specificità³⁴⁷.

Diametralmente opposti gli esiti ai quali conducono le due ricostruzioni fornite dalla dottrina in merito ai rapporti tra Codice civile e normativa consumeristica.

Considerando il Codice del consumo una legge complementare al Codice civile, l'ambito applicativo dell'art. 33 viene ridotto alle sole ipotesi che esso contempla.

Poiché la disposizione consumeristica detta una disciplina stringente, essa si pone in contrasto con l'art. 1352 c.c. quale norma di parte generale.

Conseguentemente, fatta eccezione per quanto espressamente stabilito dall'art. 33, le clausole di forma sono valide, e dunque non da presumersi vessatorie, in forza del richiamo all'art. 1352 c.c.

Questa opzione interpretativa ha il chiaro effetto di confinare l'art. 33 all'interno di esigui confini di operatività, in virtù della natura speciale riconosciuta alla disposizione in esame.

Se l'art. 33 è norma speciale non suscettibile di applicazione al di fuori dei casi tassativi previsti *ex lege*, si assiste alla netta prevalenza in sede operativa dell'art. 1352 c.c. e, implicitamente, dei valori sottesi alla disposizione.

confronto, Milano, 1983, p. 209; GALGANO, *Come fare le leggi civili?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 315; SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, a cura di SCHIAVONE, 1990, p. 233; FALZEA, *A chiusura delle celebrazioni cinquantenarie del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 213; SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 403; RODOTA', *Aspettando un codice?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 3; RESCIGNO, *La «forma» codice: storia e geografia di una idea*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 29. Sui profili della tecnica legislativa, DE SIMONE, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Napoli, 2005, p. 143; AA.VV., *Le sintesi di un convegno sulle tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 273.

³⁴⁶ La tutela contrattuale del consumatore rappresenta uno schema generale alternativo alla disciplina del contratto in generale. Anche se, da un punto di vista teorico, sembra scontato costruire il rapporto tra le due discipline nei termini di specialità e generalità, il contratto del consumatore si pone come paradigma alternativo che «segue logiche sue proprie particolarmente divergenti da quelle seguite nella costruzione odierna del contratto in generale»: così MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 10. Attraverso il Codice del consumo, il legislatore ha voluto individuare un modello autonomo che trova al suo interno regole proprie. Impensabile, dunque, considerarlo una legge complementare al Codice civile a fronte della sua valenza autonomista. Così ADDIS, *Il codice del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit., p. 875. Del medesimo avviso il Consiglio di Stato che, dopo aver individuato nella perimetrazione, nel piano dell'opera e nell'analisi interna della normativa i tre tratti salienti di ogni esperienza di codificazione di settore, ritiene che il Codice del Consumo non abbia saputo individuare confini certi in materia. Sul punto parere 20 dicembre 2004, n. 11602/2004, in *Foro it.*, 2005, III, p. 348.

³⁴⁷ Sul punto cfr. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., p. 821; S. PATTI, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, cit., p. 282.

Al contrario, considerando il Codice del consumo un'opera di decodificazione, si deve necessariamente affermare la natura generale dell'art. 33, seppur all'interno del suo settore di riferimento.

In quest'ottica, la presunzione di vessatorietà della clausola di forma, esclusa solo dalla previa trattativa tra i contraenti, opera in relazione a tutti i contratti del consumatore, estendendosi anche al di fuori degli esigui confini della disposizione.

Questa breve parentesi sui due codici rappresenta un'utile cartina tornasole per indagare i rapporti tra gli artt. 33 c. cons. e 1352 c.c.

La libertà di prevedere vincoli formali di natura convenzionale, nell'impostazione del codice civile, è considerata tra le manifestazioni più significative dell'autonomia negoziale e non incontra alcun ostacolo alla sua piena realizzazione.

Inoltre, in presenza di un dubbio circa la reale intenzione delle parti, la dottrina maggioritaria ritiene che il requisito formale abbia natura costitutiva, ad ulteriore conferma di quanto il patto sulla forma possa determinare le sorti del contratto, sino al punto di invalidarlo³⁴⁸.

L'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons. fornisce una visione ben più limitata e "severa" delle forme extralegali, posto che il legislatore consumeristico presume la vessatorietà della clausola di forma non preceduta da una trattativa individuale.

Senza soffermarsi sulle notevoli lacune dell'art. 1352 c.c. – per le quali sia consentito il rimando al precedente capitolo – preme ribadire che la disposizione codicistica affronta alcune delle innumerevoli questioni problematiche connesse al fenomeno formalistico di origine volontaria.

Discorrere di forme volontarie solo in presenza di un accordo negoziato da entrambi i contraenti è comprensibile se si tiene conto del contesto storico-culturale nel quale è stato emanato il Codice civile.

Tuttavia, la diffusione delle tecniche di negoziazione standardizzata, il frequente utilizzo di condizioni generali di contratto e la sostanziale disparità di potere che connota numerose tipologie contrattuali hanno imposto un necessario ripensamento delle nozioni di contratto e di autonomia contrattuale³⁴⁹, il che ha determinato delle inevitabili ripercussioni sulla materia oggetto di indagine.

³⁴⁸ Si rinvia al par. 3 del precedente capitolo per le critiche mosse ai canoni interpretativi propri del formalismo legale quando vengono adoperati nell'ambito del formalismo volontario. In quella sede si è evidenziata l'impossibilità di una trasposizione automatica del binomio forma *ad substantiam* e forma *ad probationem* nel panorama delle forme autoimposte.

³⁴⁹ In quest'ottica pare anacronistica una ricostruzione del contratto quale luogo di incontro delle volontà di due parti sostanzialmente eguali.

Se l'art. 1352 c.c. non si identifica con il formalismo volontario nella sua più generica accezione ma ne costituisce una parziale manifestazione, non sussistono valide ragioni per escludere l'esistenza di altre disposizioni che, più o meno direttamente, possono essere ricondotte all'interno del fenomeno formalistico

Alcune si riferiscono esplicitamente alle forme pattizie, ed è questo il caso dell'art. 33, 2° co., lett. q., c. cons. della quale, forse a causa di un'interpretazione che non si è spinta oltre il dato testuale, è stato sottovalutato il suo essere indiscutibilmente una regola sulla forma.

In altre disposizioni il rinvio alle forme *ex voluntate* è solo implicito, ciò non toglie che anch'esse costituiscano un referente normativo altrettanto utile per comprendere il significato e la portata dei vincoli di forma quando garantiscono un risultato simile a quello raggiunto mediante l'accordo sulla forma tradizionalmente inteso.

Il fenomeno delle clausole di completezza, sul quale ci si soffermerà diffusamente nel corso del terzo capitolo della presente indagine, costituisce una dimostrazione tangibile di quanto si sostiene in tale sede.

Acquisiti questi rilievi, pare utile ripercorrere velocemente il percorso argomentativo svolto sino ad ora per chiarire le implicazioni operative della prospettiva che si intende abbracciare.

Innanzitutto si è voluto dimostrare la necessità di ricondurre l'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons. nell'alveo del formalismo convenzionale.

Lo studio dei presupposti strutturali e funzionali della disposizione ha condotto ad una rilettura del tema delle clausole di forma alla luce dei rapporti esistenti tra le due previsioni contenute nella lettera q che, come si è dimostrato poc'anzi, integrano due distinte ipotesi.

Poiché il riferimento alle "suddette obbligazioni" – cioè alle obbligazioni assunte dal mandatario per conto del mandante professionista – è privo di qualsiasi consistenza operativa, la presunzione di vessatorietà trova applicazione in un numero di casi ben più elevato, a conferma di come il legislatore abbia voluto semplicemente individuare un insieme di clausole che meglio esemplificano la sproporzione tra i diritti e gli obblighi delle parti.

Sulla scorta di questi risultati, e non trascurando l'intrinseca natura del Codice del consumo quale «legge generale del diritto dei consumatori»³⁵⁰ che si colloca nel solco di un graduale processo di decodificazione del diritto dei contratti, si profila una diversa

³⁵⁰ Così GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, cit., p. 166.

interpretazione del formalismo convenzionale calato all'interno della dinamica dei contratti del consumatore.

L'art. 33, lett. q c. cons – e, oserei dire, anche il Codice del consumo attraverso una serie di disposizioni che disciplinano indirettamente l'aspetto esteriore dei fenomeni giuridici – consentono di osservare il formalismo volontario da un'altra prospettiva: non più l'emblematica espressione del principio di autonomia negoziale, ma una sua possibile manifestazione da legittimare solo se, ad esito di una delicata opera di bilanciamento effettuata dall'autorità giudiziaria, il vincolo di forma sia finalizzato al perseguimento di interessi meritevoli di tutela.

Le conclusioni raggiunte in ordine all'inquadramento della lettera q, unitamente alla possibilità di reperire in altre disposizioni parametri di valutazione delle clausole di forma, devono indurre l'interprete a ricercare meccanismi di raccordo *in primis* tra la lettera q e queste disposizioni e, più in generale, tra le ipotesi di clausole presuntivamente vessatorie e il "significativo squilibrio" di cui all'art. 33, 1° co., c. cons.

In questo modo, non solo si preserva la coerenza interna del diritto privato dei contratti, ma si garantisce altresì che il rapporto tra Codice civile e Codice del consumo non si strutturi all'insegna della conflittualità ma, al contrario, si ispiri ad una logica di mutua integrazione, in vista del soddisfacimento di esigenze di tutela sostanziale.

Nei paragrafi precedenti è emerso come il contraente forte si avvalga di clausole che, senza essere clausole di forma, presentano punti di contatto con queste ultime e sono suscettibili di trasformarsi in uno strumento di vessazione del contraente debole.

Si pensi, per citare un esempio, ai patti sulla prova con i quali le parti escludono che la decisione giudiziale possa prendere in esame elementi probatori diversi da quelli preselezionati.

Accordi di questo tipo – nella misura in cui si concretizzano nell'imposizione unilaterale di un vincolo di forma quanto ai mezzi di prova a disposizione della controparte – pongono inevitabili problemi in relazione all'ingiustificata restrizione dell'altrui libertà negoziale.

In tutte le ipotesi esaminate i limiti formali di origine convenzionale giocano un ruolo di prim'ordine nel garantire al predisponente il rafforzamento della sua posizione contrattuale, pur non ricorrendo al classico modello degli accordi sulla forma.

Al fine di completare l'indagine intrapresa, è opportuno ora compiere un passo ulteriore e chiedersi se esistono altre clausole che pervengono ad esiti simili.

Sulla scorta di queste considerazioni, nella terza e ultima parte del lavoro di ricerca si rende necessario rivolgere la propria attenzione alle clausole di completezza, un fenomeno scarsamente studiato negli ordinamenti di *civil law* che mostra significativi punti di contatto con le forme autoimposte.

Attraverso la *merger* o *integration clause*, i contraenti riconoscono che il contratto rappresenta l'accordo definitivo intercorso tra loro e rinunciano, nell'eventualità di una controversia, ad avvalersi di intese orali preesistenti o ad asserire che il contratto non contiene l'integrale disciplina dei loro rapporti³⁵¹.

Senza anticipare gli esiti della riflessione sviluppata nel prosieguo della trattazione, pare utile sottolineare che le affinità esistenti tra queste pattuizioni e il patto sulla prova attuato mediante l'elezione di un vincolo di forma di origine convenzionale sono tante e tali da giustificare un accostamento quanto al trattamento riservato loro in sede ermeneutica.

Individuati i punti di contatto tra queste prescrizioni, si intende verificare poi se, ed eventualmente in che misura, le clausole di completezza possano essere assimilate agli accordi sulla forma genericamente intesi e non riferiti alla sola questione della prova.

Ci si pone l'obiettivo di identificare una disciplina delle forme convenzionali che, esulando dalla limitata considerazione codicistica del fenomeno, tragga spunto dalla prassi applicativa per essere sempre in grado di rispondere alle moderne esigenze dei traffici commerciali e alle istanze di tutela strettamente connesse ad essi.

³⁵¹ Si riporta a titolo esemplificativo il contenuto tipico di una *merger clause*: «This Agreement is the entire agreement between the parties and supersedes all earlier and simultaneous agreements regarding the subject matter, including, without limitation, any invoices, business forms, purchase orders, proposals or quotations. This Agreement may be amended only in a written document, signed by both parties».

**CAPITOLO III: *MERGER CLAUSES* E *NO ORAL
MODIFICATION CLAUSES* TRA FORMA E CONTENUTO
DEL CONTRATTO**

1. Considerazioni introduttive

La presente ricerca vuole, da ultimo, affrontare una particolare tipologia di clausole contrattuali, le clausole di completezza, che ha i propri natali negli ambienti di *common law* ma che trova frequente applicazione anche all'interno degli ordinamenti di *civil law*.

Tali espressioni contrattuali escludono la rilevanza di qualsiasi dichiarazione prenegoziale e la prova di disposizioni aggiuntive o diverse da quelle cristallizzate nel documento contrattuale³⁵².

In questo modo, l'autorità giudiziaria non può utilizzare l'*extrinsic evidence*, privata di qualsiasi valore legale e incapace di esercitare alcuna influenza in sede di determinazione del regolamento negoziale.

Attraverso le *merger* o *entire agreement clauses*, i contraenti individuano con precisione il contenuto del contratto per impedire qualsiasi sua alterazione: vietando il rinvio tanto ai contratti anteriori aventi il medesimo oggetto e ai documenti precontrattuali (lettere d'intenti, protocolli di accordo, bozze, verbali di riunioni)³⁵³ quanto ai contratti futuri, le parti si assicurano vicendevolmente sulla sufficienza del documento contrattuale.

Da questo punto di vista, tali clausole soddisfano esigenze comprensibili alle quali, a giusta ragione, l'ordinamento accorda protezione.

Tuttavia, la loro utilità può essere compromessa dalla presenza di altre finalità.

Poiché, infatti, le clausole in esame possono essere adoperate anche per «limit or reduce what would otherwise be the defendant's duty (for example, by excluding express or implied terms)³⁵⁴», si pone il problema di indagare la loro effettiva funzione.

Le *eac* impongono indirettamente la forma scritta: attraverso il rinvio al documento contrattuale esse non introducono semplicemente un requisito formale – e da questo punto di vista presentano una significativa affinità con i patti sulla forma – ma

³⁵² In particolare, viene escluso che il ricorso alla prova testimoniale possa operare in senso derogatorio, aggiuntivo o modificativo rispetto al documento contrattuale, a scapito della parte interessata a provare un fatto non conforme a quanto risulta dal contratto.

³⁵³ Così HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, L'Aja, 1999, p. 110.

³⁵⁴ Così CHITTY, *On contracts*, London, 1983, p. 153. L'Autore ritiene che le *exemption clauses* possano essere suddivise in tre categorie: quelle che escludono o limitano gli obblighi del convenuto, quelle che escludono o limitano la sua responsabilità e, infine le clausole che riducono gli obblighi di risarcimento introducendo un limite all'ammontare dei danni risarcibili.

determinano anche conseguenze sul piano contenutistico, sollevando dubbi in ordine alla loro possibile natura abusiva³⁵⁵.

L'indagine trascende l'ottica prettamente formalistica, a conferma di quanto si è già avuto modo di sostenere nelle precedenti pagine: la forma, cioè, può costituire uno strumento indirizzato alla realizzazione di un controllo della sostanza.

Questa breve premessa consente di chiarire i motivi per i quali si è ritenuto opportuno un approfondimento dedicato alle clausole di completezza in un lavoro incentrato sulle clausole di forma inserite nel contratto come condizioni generali.

Nella parte conclusiva del secondo capitolo, si è affermata l'esistenza in ambito consumeristico di un principio generale che ricollega l'uso delle forme volontarie ai fini vessatori sancendone, seppur in via presuntiva, la nullità quando l'imposizione di un vincolo di forma soddisfa interessi non meritevoli di tutela e si traduce in un'ingiusta limitazione della responsabilità del professionista o dei diritti del consumatore.

Si cercherà ora di inserire questa dimostrazione all'interno di una più ampia valutazione di clausole che in via indiretta assolvono le medesime funzioni e, dunque, entrano a pieno titolo nella presente ricerca poiché, seppur con modalità differenti, consentono di pervenire agli stessi risultati raggiunti attraverso l'imposizione di un vincolo di forma.

La necessità di un esame congiunto delle due clausole si comprende ove ci si collochi in una prospettiva metodologica teleologicamente orientata³⁵⁶.

Muovendosi nel solco di questa impostazione, diviene secondario stabilire se il controllo sul contenuto si realizza mediante una clausola di forma o attraverso una diversa clausola piegata ad un'eguale finalità³⁵⁷: in entrambi i casi, infatti, l'autonomia privata si manifesta nell'imposizione di prescrizioni che comprimono l'altrui libertà contrattuale, più che garantire la certezza dei rapporti giuridici³⁵⁸.

³⁵⁵ Queste perplessità si ricollegano all'inversione dell'onere probatorio determinata da una clausola di completezza a discapito dell'aderente. Sul punto cfr. FAVALE, *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto: forma di protezione o di pregiudizio?*, cit, p. 271.

³⁵⁶ Una clausola può, in concreto, essere asservita a ragioni differenti: all'interprete, pertanto, è richiesto un ulteriore sforzo ermeneutico, al fine di chiarire se il rapporto tra queste ragioni sia descrivibile nei termini di una equivalenza o se esiste una funzione prioritaria rispetto alle altre.

³⁵⁷ Emblematiche, a tal proposito, le parole di un'autorevole dottrina secondo la quale la forma «attempting to constraint the substance of what is in law agreed by the parties»: così WHITTAKER, *Can the contract control the contract? «Entire agreement clauses» in English law*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di ADDIS, Milano, 2008, p. 180. Altra dottrina sottolinea la riconducibilità della forma al contenuto del negozio giuridico, evidenziando come il corredo formale può soddisfare ragioni tra loro molto diverse. La funzione del requisito formale «per essere utile in concreto, deve avere una sua specificità, non assumendo alcuna rilevanza, né sistematica né pratica, l'individuazione di funzioni del tutto generiche ed intuitive»: così DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, p. 31.

³⁵⁸ Sugli effetti pregiudizievoli delle *entire agreement clauses* si sono espresse anche le corti nordamericane. Per un approfondimento sul punto cfr. *Intreprenuer Pub Company Ltd v. East Crown Ltd*, citato in *Entire agreement clause invalidates warrantu*, in *The Times*, Settembre, 2007, disponibile sul

Pertanto, anche se le *eac* non prevedono espressamente vincoli di forma, possono essere paragonate agli accordi sulla forma quanto agli interessi ai quali accordano protezione: esse si ascrivono all'interno di una tendenza ad utilizzare clausole che gravitano nell'area di incidenza delle forme volontarie ed espletano in via subordinata le medesime funzioni delle prescrizioni formali pur non riferendosi, almeno in apparenza, al fenomeno dell'autoimposizione di un vincolo di forma.

Inquadrato in questi termini, l'esame delle clausole di completezza si rende necessario al fine di rinvenire nella prassi contrattuale ulteriori specificazioni del principio illustrato nel capitolo precedente, del quale la lettera q costituisce solo una delle possibili ipotesi applicative.

Con specifico riferimento ai contratti del consumatore, si è già avuto modo di osservare che l'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons. limita i poteri del soggetto che agisce per conto del professionista, mandatario e non solo, attraverso due previsioni distinte ma orientate al perseguimento della stessa finalità.

Dimostrando l'affinità teleologica tra clausole di completezza e clausole di forma, sarà possibile estendere alle prime le considerazioni critiche effettuate in merito alle seconde e, dunque, la loro valutazione non potrà che essere conforme alle conclusioni alle quali si è pervenuti nella parte conclusiva del secondo capitolo in relazione alle forme volontarie in ambito consumeristico.

E' naturale, pertanto, che l'interprete debba tener conto della funzione alla quale la singola clausola si presta, mostrando una vigile sensibilità verso gli interessi perseguiti dalle parti.

Un ultimo aspetto merita di essere segnalato sin da ora: poiché l'inclusione di una *merger clause* nel contratto è di sovente il frutto dell'iniziativa di una sola parte, si ritiene che essa debba essere considerata una specie di *exemption clauses*, clausole adoperate dalla parte forte in pregiudizio del contraente debole³⁵⁹.

sito <http://www.lexisnexis.com/lnacui2api/delivery/PrintDoc.do?jobHandle=2841html>; Sutcliffe v. Lloud (2007) EWCA Civ 153 (2007) 22 EG 162, citato in *Not for the back burner*, in *Estates Gazette*, Dicembre, 2007, disponibile sul sito <http://www.lexisnexis.com/lnacui2api/delivery/PrintDoc.do?jobHandle=1842html>.

³⁵⁹ Sui delicati equilibri esistenti tra *exemption clauses* e *merger clauses* e sul trattamento riservato dalle corti britanniche alle *exemption clauses*, cfr. J. Spurling Ltd v. Bradshaw. Court of Appeal (1956) 2 All ER 121; Levison v. Patent Steam Carpet cleaning Co. Ltd Court of Appeal, Civil division (1977) 3 All ER 498. In quest'ultimo caso l'organo giudicante ha individuate un criterio utile al fine di chiarire le condizioni di validità di una *exemption clause*: «if a party uses his superior power to impose an exemption or limitation clause on the weaker party, he will not be allowed to rely on it if he has himself been guilty of a breach going to the root of the contract. In other cases, the court will, whenever it can, construe the contract so that an exemption or limitation clause only avails the party when he is carrying out the contract in substance, and not when he is breaking it in a manner which goes to the very root of

Sulla scorta di questo asserto, si comprende la necessità di individuare opportuni controlli per porre rimedio alla perdita della volontarietà dei contenuti insita nella natura unilaterale della clausola³⁶⁰.

Occupandosi dei controlli sugli accordi sulla forma è già emerso come l'ordinamento si riserva di valutare in termini negativi gli atti di esercizio dell'autonomia privata: tali considerazioni valgono anche per le clausole di completezza, rispetto alle quali la questione del sindacato giudiziale sul contenuto del contratto rappresenta una linea portante dell'indagine che si intende intraprendere, nonché un ulteriore punto di contatto tra le clausole in esame.

Prima di addentrarsi nello studio delle clausole di completezza, pare opportuna una precisazione: ai fini della presente lavoro, le espressioni “*entire agreement clauses*” e “*merger clauses*”³⁶¹ verranno adoperate come sinonimi per indicare le prescrizioni che contengono una presunzione di completezza secondo la quale la parte interessata a far valere un accordo accessorio al contratto è tenuta a dimostrarne l'esistenza.

In realtà, si possono riscontrare segni di un'opposta tendenza: per onestà intellettuale, è doveroso richiamare due dottrine minoritarie che negano l'identificazione delle due tipologie di clausole e considerano rispettivamente le *merger clauses* una specie di

the contract»: così Lord Devlin in *Levison v. Patent Steam Carpet cleaning Co. Ltd* Court of Appeal, Civil division (1977) 3 All ER 498. Questi *leading cases* sono affrontati ampiamente in PATACK, *Legal aspects of business*, Nuova Deli, 2010, p. 121 nel quale si sottolinea l'attitudine delle corti inglesi a prediligere l'interpretazione restrittiva delle *exemption clauses*. Questa tendenza trova consacrazione nell'Unfair Contract Terms Act del 1977 in cui il Parlamento britannico si occupa delle *exemption clauses* all'interno dei contratti *business to consumer* e cerca di fornire un'interpretazione che garantisca una maggiore protezione della parte debole. Cfr. anche MURDOCH e HUGES, *Construction contracts: law and management*, London, 1992, p. 139. Sul versante statunitense cfr. KLASS, *Contract law in Usa*, New York, 2010, p. 136.

³⁶⁰ La questione dei controlli sulle *exemption clauses* ha diviso la dottrina statunitense. In particolare, la Chicago *school* si è mostrata scettica nei confronti di tali controlli, considerati un'ingiustificata restrizione della *freedom of contract*. Partendo dal presupposto che ciascun individuo cerca di trarre il massimo profitto dalle proprie azioni, gli esponenti della Chicago *school* hanno affermato la necessità di garantire ai privati ampi margini di libertà nel perseguire i propri interessi. In realtà, tali obiezioni risultano prive di fondamento nelle ipotesi in cui la conclusione del contratto non è preceduta da un'effettiva negoziazione. In presenza di una parte contrattualmente più forte, oppure quando la sua controparte non si sia resa conto delle conseguenze connesse all'inserimento di alcune clausole contrattuali – perché impossibilitata a leggere attentamente o perché sprovvista del *know-how* necessario a tal fine – è indispensabile prevedere meccanismi di controlli sul contenuto negoziale. In questi casi, dunque, l'intervento correttivo dell'autorità giudiziaria è doveroso, poiché si pone a salvaguardia dell'autonomia del contraente debole, in considerazione dell'accresciuta misura dell'autonomia della parte contrattualmente più forte. Per un approfondimento sull'economia del benessere, secondo la quale ciascun individuo è il miglior giudice del proprio benessere, cfr. LITTLE, *A critique of welfare economics*, Oxford, 1957.

³⁶¹ La terminologia adoperata in dottrina e in giurisprudenza per riferirsi alle clausole di completezza risulta ben più variegata. Si è parlato, a tal proposito di *accord complet*, *intégralite des conventions*, *previous agreement*, *whole agreement*, *complete agreement*, *vollständigkeitsklauseln*. Sul punto cfr. DUBOUT, *Les clauses d'entire agrément (accord complete) dans les contrats internationaux: intérêt et précautions d'utilisation*, in *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1989, I, p. 193.

entire agreement clause riferita alle *precontractual representations*³⁶² o, al contrario, individuano un rapporto di derivazione delle *eac* rispetto alle *merger clauses*³⁶³.

Effettuato questo chiarimento di natura terminologica, il principale nodo problematico che deve essere affrontato discorrendo di clausole di completezza consiste nel conciliare la loro origine di *common law* con i principi interpretativi diffusi nei Paesi di *civil law*. Senza soffermarsi sui profili di differenziazione tra le due culture giuridiche³⁶⁴, è nota l'esistenza di numerosi tratti di discontinuità in relazione alla teoria generale del contratto, della quale l'oggetto di indagine va a considerare un aspetto specifico e cioè quello degli effetti delle *entire agreement clauses* e la questione del loro trattamento ermeneutico³⁶⁵.

Spesso le *merger clauses* riproducono in modo pedissequo termini contrattuali mutuati da accordi redatti negli ordinamenti angloamericani: tale trasposizione può rivelarsi pericolosa se non viene accompagnata da un lavoro di adattamento ai principi e alla mentalità dei sistemi di *civil law*³⁶⁶.

³⁶² Sul punto PEDEN e CARTER, *Entire agreement - and similar- clauses*, in *J. Contr. L.*, 2006, p. 10.

³⁶³ «The genesis of the modern “entire agreement” clause can be identified with some precision. [...] The former provision has been around for some decades, perhaps owing its origins to “merger” clauses in contracts for the sale of land, or perhaps- given its common appearance in sales of business- being influenced by North American practice and drafting in that field»: così MCMEEL, *Construction of contracts and the role of “entire agreement” clauses*, in *3 Cap. Markets L. J.*, 2008, p. 64.

³⁶⁴ Per una panoramica generale dei rapporti tra *civil law* e *common law* cfr. CORDERO MOSS, *Harmonised Contract Clauses in different business cultures, Key note lecture presented at the Conference on Private Law and the Many Cultures of Europe*, University of Helsinki, 2006; SACCO, *One Hundred Years of Comparative Law*, in *Tulane Law Review*, 2001, p. 1159; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 343; MISTELIS, *Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform-Some Fundamental Observations*, in *Int'l Law*, 2000, p. 1055; GORDLEY, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, 1991, p. 146.

³⁶⁵ Gli ordinamenti di *common law* perseguono obiettivi di certezza e sicurezza giuridica; al contrario quelli di *civil law* riconoscono il primato della *fairness*: «the conflict between certainty and fairness in a specific case has been treated quite differently by legal systems in the past – with common law jurisdictions traditionally focusing more on certainty than civil law jurisdictions, and civil law jurisdictions having had a somewhat stronger emphasis on what the courts deem fair»: così BJØRNSTAD, *Entire agreement clauses*, disponibile sul sito http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/bjornstad_abstract.pdf, p. 1. In realtà anche nei paesi anglosassoni la *fairness* è un obiettivo perseguito dal legislatore, che si è posto il problema di valutare l'*effectiveness* delle *eac*. In particolare nel Regno Unito, l'*Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* del 1999 ha affiancato al controllo in termini di *reasonableness* (già previsto dall'*Unfair Contract Terms Act* del 1977), quello sulla *fairness* delle condizioni contrattuali volute per escludere o limitare la responsabilità del produttore nei contratti conclusi con il consumatore. Per un approfondimento sul punto cfr. AMATO, *Clausola di forma e condizioni generali di contratto: riflessioni di una comparatista*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di ADDIS, Milano, 2008, p. 279.

³⁶⁶ La questione è di estrema attualità se si considera l'enorme diffusione dei modelli contrattuali angloamericani. Nel progetto di ricerca “*Anglo-american contract models and Norwegian or other Civil law governing law*”, disponibile sul sito <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/about/description-full.html> si sostiene che: «International financial institutions, like for example the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), impose the use of Anglo-American-Style contracts for the transactions that they

Cimentandosi nel tentativo di delineare gli argomenti contrari e a favore delle *entire agreement clauses*, si avrà modo di soffermarsi sulla *parol evidence rule*, regola di origine anglosassone che interdice all'autorità giudiziaria qualsiasi riferimento alla vicenda formativa del contratto, mostrando un'evidente affinità teleologica con le clausole di completezza³⁶⁷.

L'aspetto problematico del binomio clausole di completezza – ordinamenti di *civil law* si ricollega proprio all'assenza di una regola di questo tipo.

Nei Paesi di *civil law*, infatti, l'autorità giudiziaria interpreta il contratto non solo sulla base di quanto risulta dal regolamento contrattuale, ma anche alla luce delle dichiarazioni prenegoziali e degli accordi anteriori al suo perfezionamento: essa non è tenuta ad accordare prevalenza all'interpretazione letterale, che costituisce solo uno dei molteplici criteri ermeneutici a sua disposizione.

Pertanto, ci si deve interrogare sulle sorti di una clausola di completezza inserita in un contratto sottoposto alla legge italiana, posto che il nostro ordinamento vieta ai privati di predeterminare le modalità attraverso le quali l'organo giudicante deve interpretare l'accordo³⁶⁸.

Non deve stupire che il tema continui ad essere circondato da un diffuso scetticismo: la scarsa attenzione suscitata dalle clausole di completezza e l'assenza di una trattazione esaustiva delle questioni problematiche connesse al loro trattamento giuridico rende

are financing, irrespective of the fact that the financed entities do not come from Common Law states, many of the investors participating the project are not from Common law states, and most of the contracts are not to be governed by English law or another system of Common law. As a result, operators in Civil law states to drafting in the Anglo-american style, in order to meet the expectations of financial institutions». Il problema connesso all'inserimento di una *entire agreement clause* in un contratto di *civil law* consiste nel conciliare l'aspettativa della parte che fa affidamento sull'efficacia di tale clausola e, dunque, sulla possibilità di ricorrere a un modello contrattuale d'ispirazione anglo-americana, con quella dell'altro contraente in relazione alla sicura applicabilità della legge dello Stato nel quale il contratto è stato concluso.

³⁶⁷ Nei Paesi di *common law*, l'autorità giudiziaria interpreta ed eventualmente integra il contenuto del contratto basandosi esclusivamente sul significato letterale delle parole utilizzate dai contraenti, da qui la necessità di redigere un accordo estremamente dettagliato nella sua formulazione. Interessanti, a tal proposito, le parole di Lord Denning M. R.: «In contracts you do not look into the actual intent in a man's mind. You look at what he said and did. A contract is formed when there is, to all outward appearances, a contract. A man cannot get out of a contract by saying: "I did not intend to contract", if by his words he has done so. His intention is to be found only in the outward expression which his letters convey. If they show a concluded contract that is enough»: così Lord Denning in *Storer v. Manchester C. C.* (1975) 3 All E. R. 828, disponibile sul sito http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199570201/koffman7e_ch02.pdf

³⁶⁸ Al contrario, il modello di *common law* tradizionale muove dalla comune intenzione delle parti come espressa nell'accordo interpretato secondo il significato letterale delle parole per poi volgersi, solo se necessario ad elementi extratestuali. E' evidente la profonda differenza esistente tra i due sistemi giuridici in relazione agli spazi di operatività dell'autorità giudiziaria. La mancanza di un adeguato coordinamento tra il modello contrattuale di stampo anglo-americano e la *governing law* non riconducibile alla sfera giuridica di *common law* è una questione di non facile soluzione, poiché è in grado di compromettere quei valori- si pensi alla certezza giuridica- in nome dei quali le parti hanno previsto all'interno del contratto una clausola di completezza.

ardua l'individuazione di una soluzione dalla generale portata applicativa in merito agli effetti di tali clausole al di fuori del loro contesto di origine.

Senza anticipare le conclusioni alle quali l'esame delle clausole di completezza ha condotto, in questa sede è sufficiente constatare la mancanza di studi sistematici dedicati alla materia all'interno del panorama dottrinale italiano.

Per questa ragione, il giudizio di validità di una *merger clause* non può che essere basato su una valutazione che dia conto delle specificità dei singoli casi: esso trae origine da esigenze di ordine pratico ed impone il costante riferimento alla situazione concreta più che a un generico canone ermeneutico.

Ne consegue che il giudice potrà appellarsi all'*extrinsic evidence* oppure, in ossequio alla presunzione di completezza stabilita dall'*eac*, ignorarla e limitarsi a considerare il contenuto del documento contrattuale.

Questa impostazione non è immune da obiezioni in relazione ai rischi connessi alla discrezionalità giudiziale.

Tuttavia, «la sola consapevolezza della varietà tipologica delle *eac* costituisce un significativo spunto di riflessione e ha il pregio di influenzare in maniera costruttiva lo stesso approccio alla tematica, sottolineandone il carattere necessariamente circostanziato»³⁶⁹.

Preso atto delle peculiarità che connotano *civil e common law*, allo studio delle clausole di completezza nel nostro ordinamento si deve necessariamente anteporre una sintetica indagine delle loro origini, nel tentativo di chiarirne il significato e la funzione.

L'approccio storiografico consente di evidenziare il radicale mutamento dell'attitudine delle corti angloamericane nei confronti di tali termini contrattuali.

Questa circostanza, a fronte del ruolo centrale rivestito dalla giurisprudenza nei sistemi di *common law*, rappresenta un'utile occasione per una rivisitazione in chiave critica della tematica in esame, al fine di dare risposta ai numerosi interrogativi che essa suscita.

Un primo aspetto meritevole di attenzione riguarda l'ambito applicativo delle *eac*: non sempre, infatti, la clausola si riferisce a tutti gli elementi del rapporto contrattuale; tipico il caso in cui le parti concludono un contratto diverso e non collegato ad un precedente accordo intervenuto tra loro.

Quando i due contratti presentano elementi comuni, è opportuno verificare se sia possibile interpretare estensivamente la *merger clause* contenuta nel secondo contratto al fine di applicarla anche al primo³⁷⁰.

³⁶⁹ Così GARATTI, *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 641.

³⁷⁰ Le difficoltà nel dare risposta a questo quesito aumentano nella misura in cui incrementa il grado di connessione tra i due contratti.

Sempre in relazione agli spazi di operatività delle clausole, inoltre, è lecito domandarsi se le *eac* si applicano anche agli *implied terms*³⁷¹, poiché la loro esclusione potrebbe essere in contrasto con gli interessi delle parti.

Sul punto, si è aperto un acceso dibattito tra i sostenitori del *textualism* e quelli del *contestualism*, le due principali metodologie adoperate dalle corti al fine di ricostruire la volontà delle parti.

Il primo approccio, basandosi sull'idea di un contratto completo di per sé, impone di interpretare in senso restrittivo gli *implied terms*³⁷².

Ad esiti opposti pervengono coloro che considerano il contratto un accordo incompleto, suscettibile di essere integrato da qualsiasi elemento desumibile dal contesto di perfezionamento³⁷³.

La questione è estremamente importante ai fini della presente indagine poiché mostra come, a seconda dell'orientamento al quale si intende accordare preferenza, il significato e il valore attribuiti ai requisiti di forma mutano sensibilmente.

La trattazione di queste problematiche all'interno del panorama anglosassone sarà seguita da un approfondimento dedicato al significato e alla funzione di tali clausole calate nel contesto dei sistemi di *civil law*.

³⁷¹ Pare utile un chiarimento in relazione agli *implied terms*. «An obligation may be implied as an inference of the intention of the parties, i.e., implied in fact, or as a duty imposed by law to fill the gap in the parties' agreement, i.e. implied in law»: così HADJIYANNAKIS, *The parol evidence rule and implied terms: the sound of silence*, in *Fordham L. Rev.*, 1985, p. 38. La *parol evidence rule* non preclude, dunque, l'incorporazione nel contratto di disposizioni implicite poiché essa non si applica alle disposizioni espresse non scritte. A tal proposito cfr. FONTAINE, *La redazione dei contratti internazionali a partire dall'analisi delle clausole*, Milano, 2008, p. 152. Sul punto, si veda COHEN, *Implied terms and interpretation of contract law*, disponibile sul sito <http://encyclo.findlaw.com/4400book.pdf>, p. 82 secondo il quale: «in general, the role for courts in interpreting contracts and implying terms increases as contracts become more efficiently incomplete».

³⁷² «Economic analyses of contract law have tended to start with idealized concept of a “complete” contract [...]. Traditionally, a complete contract has referred to one that provides a complete description of a set of possible contingencies and explicit contract terms dictating a performance response for each of these contingencies»: così COHEN, *op. ult. cit.*, p. 79. Sul punto cfr. anche AL NAJJAR, *Incomplete Contracts and the Governance of Contractual Relationships*, in *Am. Econ. Rev. Papers and Proc.*, 1995, p. 432. L'incompletezza del contratto è considerata dai sostenitori dell'analisi economica del diritto un fattore di inefficienza che l'autorità giudiziaria deve eliminare mediante un intervento ermeneutico orientato all'integrazione. Per un approfondimento sul punto cfr. HERMALIN e KATZ, *Judicial Modification of Contracts Between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach*, in *J. L. Econ. & Org.*, 1993, p. 230; HART e MOORE, *Incomplete Contracts and Renegotiation*, in *Econometrica*, 1988, p. 755.

³⁷³ Altri, invece, ritengono che il contratto per sua natura non possa essere completo. Per tale motivo, si presume che i contraenti abbiano voluto considerare come parte integrante del loro accordo anche intese e dichiarazioni accessorie. Sul punto cfr. HADAFIELD, *Incomplete Contracts and Statutes*, in *12 International Rev. of Law and Econ.*, 1992, p. 257.

Si intende verificare se, e a quali condizioni, le clausole di completezza inserite in un contratto redatto nel nostro Paese (e, più genericamente, in un ordinamento di *civil law*) possono avere effetti giuridicamente rilevanti.

Per far questo, le questioni già affrontate in relazione alle esperienze inglese e americana verranno riproposte con riferimento principalmente al nostro ordinamento.

In tal modo, si vuole individuare una forma di coordinamento tra il modello contrattuale di stampo anglo-americano e la legge di *civil law* alla quale esso è sottoposto e suggerire una chiave di lettura che consenta di prevenire l'insorgere di dispute giudiziali e riduca i rischi di incertezza e di inefficienza connessi all'utilizzo di clausole contrattuali mutate da altri sistemi giuridici.

L'obiettivo che ci si pone è di coniugare l'approccio teorico con una valutazione della prassi al fine di individuare concretamente i principali modelli operativi di *merger clauses* emersi nel panorama della contrattualistica italiana.

2. Gli ordinamenti di *Common Law*

2.1 *Merger clauses* e *Parol evidence rule*

Le clausole di completezza costituiscono una categoria concettuale di origine anglosassone attualmente diffusa anche negli ordinamenti dell'Europa continentale, dove, sempre più frequentemente, si assiste all'utilizzo di modelli contrattuali mutuati dal *common law*³⁷⁴.

Esse stabiliscono che tutti gli accordi anteriori e contestuali al perfezionamento del contratto devono essere integrati al suo interno: in questo modo, il contratto viene congelato quale è nella forma scritta e, al contempo, si preclude ai contraenti e all'autorità giudiziaria – in un'eventuale controversia attinente alla sua interpretazione e/o esecuzione – di ricercare altrove la regolamentazione dei rapporti tra le parti.

³⁷⁴ Le clausole di completezza rientrano nel novero delle cosiddette *boilerplate clauses*, in base alle quali tutte le condizioni contrattuali si collocano all'interno del documento contrattuale. Sull'origine dell'espressione "*boilerplate*" una dottrina ritiene che debba essere ricondotta ad una comunicazione epistolare intervenuta tra un avvocato e il suo cliente nella quale l'avvocato si è espresso in questi termini commentando alcuni aspetti di un contratto stipulato dal suo cliente: «You can mostly skip this part, Al, since it's the boilerplate»: così WOOD, *International loans, bonds and securities regulation*, London, 1995, p. 407.

Poiché il documento scritto costituisce l'unico strumento di relazione nonché la sola espressione della volontà privata, l'accordo viene preservato da eventuali manipolazioni in sede interpretativa³⁷⁵.

La funzione principale delle *entire agreement clauses* consiste nel «richiamare l'attenzione dei contraenti sul fatto se tutto quanto essi hanno voluto pattuire sia stato riservato nel contratto»³⁷⁶.

Una prima obiezione mossa nei loro confronti fa leva sull'asserita attitudine delle clausole di completezza ad interferire con la problematica della prova, causando un'ingiusta restrizione delle prerogative dell'organo giudicante.

Poiché, infatti, le clausole in esame preselezionano gli elementi probatori che i contraenti ritengono rilevanti, in tale operazione non sembra azzardato identificare un'arbitraria limitazione dell'autonomia decisionale del giudice.

In realtà, la critica fondata sull'ingiusta restrizione dei poteri dell'organo giudiziale è il frutto di un'analisi parziale della questione che trascura una prassi frequente negli ordinamenti di *common law*. In questi sistemi giuridici, in presenza di un contratto che include al suo interno espressioni ambigue o poco chiare, i giudici si avvalgono delle dichiarazioni precontrattuali per comprendere e completare il significato del regolamento negoziale; così facendo, superano la presunzione di completezza contenuta nella *merger clause*³⁷⁷.

³⁷⁵ Il regolamento negoziale, dunque, rappresenta l'*entire understanding* delle parti. «The merge clause is something that a party can do to increase the likelihood that in the event of a dispute about the terms of the contract, a court will treat the writing as a complete integration and bar evidence of additional terms»: così DENICOLA, *The law of contracts: pearls of wisdom*, Boston, 2002, p. 132. Nel medesimo senso si veda anche AMBROSOLI, *Le clausole che regolano l'onere della prova*, cit., p. 183. Secondo l'Autore la funzione delle *merger clauses* consiste nel «rendere conoscibile e predicibile la decisione giudiziale attraverso la preselezione dello spicchio di realtà esaminabile dal giudice [...] ed evitare che una delle parti possa cercare di fondare propri diritti su dichiarazioni precontrattuali o fatti che, in sede di stipulazione del contratto, non sono stati considerati meritevoli di inclusione nel testo finale».

³⁷⁶ Così HROMADKA, *Schriftformklauseln und AGB-Recht*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di ADDIS, Milano, 2008, p. 174.

³⁷⁷ In questa prospettiva si colloca anche un'altra tendenza giurisprudenziale. «I giudici mostrano, se necessario, di saper raggiungere fini di giustizia nonostante la presenza di una *merger clause*: costruendo un *collateral contract* avente ad oggetto impegni ulteriori rispetto a quelli contenuti nell'accordo principale»: così AMBROSOLI, *op. ult. cit.*, p. 184, nota 33. Sul punto si veda anche BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 83 secondo il quale, in presenza di una lacuna nel testo del contratto, o quando il giudice deve risolvere un'ambiguità, è possibile considerare le circostanze precedenti e contestuali alla conclusione del contratto, nonché gli usi negoziali e la condotta delle parti.

Queste sintetiche considerazioni permettono di fissare una prima conclusione: le clausole di completezza non sono rivolte a comprimere i poteri dell'autorità giudiziaria, quanto piuttosto a cristallizzare in un documento scritto lo stato dei rapporti tra le parti.

L'osservazione è fruttuosa poiché evidenzia come tra le ragioni dell'inclusione di una *exac* nel contratto, debba essere riconosciuto un peso preponderante alla volontà di limitare i diritti del soggetto non predisponente.

Pertanto, la riduzione del potere di intervento del giudice non rappresenta l'obiettivo primario del contraente forte; essa è strumentale alla realizzazione di interessi che si collocano all'interno del rapporto tra le parti e che l'autorità giudiziaria è tenuta ad analizzare al fine di pronunciarsi sulla loro effettiva meritevolezza.

Prima di dischiudere l'indagine alla dimensione teleologica e affrontare la questione della natura giuridica e degli effetti delle clausole di completezza, è doveroso ricostruire in modo sintetico il comune sentire politico - giuridico in materia.

Poiché le *merger clauses* precludono il ricorso all'*extrinsic evidence*, è opportuno interrogarsi sull'ammissibilità e sul significato di tale *evidence* a prescindere dall'esistenza di una clausola di completezza.

Formulata in questi termini, la tematica in esame suggerisce di intraprendere un percorso argomentativo aperto a riflessioni poliedriche, capace di collocare l'analisi delle *entire agreement clauses* nel quadro dei principi che governano i sistemi di *common law*³⁷⁸.

Negli ordinamenti anglo-americani, i contraenti disciplinano in modo autonomo i propri interessi: il principale compito delle corti consiste nell'applicare e nel far eseguire ciò che le parti hanno prestabilito³⁷⁹.

Nel ricostruire la comune intenzione delle parti, l'interprete deve basarsi esclusivamente sul contenuto del regolamento negoziale senza prendere in considerazione circostanze ad esso esterne e non può attribuire ai termini contrattuali un significato incompatibile con il linguaggio espressamente adoperato³⁸⁰.

³⁷⁸ A conferma di quanto sia importante analizzare il contesto giuridico-culturale di riferimento, basti pensare che nell'ordinamento inglese si distingue tra "determinazione" ed "interpretazione" dei termini contrattuali. La prima si riferisce all'identificazione dell'esatto contenuto del contratto; la seconda, invece, al significato che le parti hanno voluto attribuire al contenuto determinato attraverso la fase dell'identificazione. La puntuale individuazione dei termini contrattuali, dunque, consente di escludere il ricorso a quanto non espressamente previsto dal regolamento negoziale: essa integra un'attività prodromica all'opera ermeneutica posta in essere dal giudice.

³⁷⁹ «A judge is only to interpret the contract that the parties have made and is not to make the contract for the parties»: così ANSON e BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 2002, p. 145.

³⁸⁰ L'importanza dell'interpretazione letterale nei sistemi di *common law* trova conferma nei casi in cui un contratto contiene riferimenti situazioni ben determinate: in queste ipotesi, la *plain meaning rule* impone di escludere l'applicazione di tale contratto a casi simili a quello contemplato espressamente in ossequio al principio *expressio unius est exclusio alterius*. L'intenzione dei contraenti, dunque, deve essere

Si comprende, dunque, l'originaria propensione manifestata dalle corti nei confronti delle *eac*.

Tra i motivi di tale *favor*, un peso determinante va senza dubbio riconosciuto alla *parol evidence rule* che «limit the evidence a court can consider in deciding what the ambit and meaning of the parties agreement is»³⁸¹.

Il termine “*parol*” è sinonimo di “*oral*”; tuttavia questo canone interpretativo si applica tanto alle modifiche orali quanto a quelle scritte, purché anteriori o contestuali alla conclusione del contratto³⁸².

La regola in esame non opera sempre secondo le medesime modalità: è importante stabilire, infatti, se le parti hanno inteso il contratto come totalmente o parzialmente integrato³⁸³.

Se l'integrazione è parziale, lo scritto costituisce l'espressione di una sola parte dell'accordo: in questa eventualità la *parol evidence rule* esclude la prova di disposizioni in contrasto, ma ammette quella di disposizioni aggiuntive.

individuata attraverso il significato letterale del contratto. Per un approfondimento sul punto cfr. ZAMIR, *The inverted hierarchy of contract interpretation and supplementation*, in *Colum. L. Rev.*, 1997, p. 1729; CHEN e WISHART, *Consideration: practical benefit and the emperor's new clothes*, in *Good faith and fault in contract law*, a cura di BEATSON e FRIEDMANM, Oxford, 1995, p. 123.

³⁸¹ Così WOODWARD, *Neoformalism in a real world of forms*, in *Wis. L. Rev.*, 2001, p. 976.

Favorevoli alla *parol evidence rule* anche SWEET, *Contract making and parol evidence: diagnosis and treatment of a sick rule*, in *53 Cornell L. Rev.*, 1968, p. 1036; BEATSON, *Anson's law of contract*, Oxford, 1998, p. 131 che evidenzia la propensione manifestata dalla Law Commission verso la regola in esame, a partire dalla fine degli anni '60. Sul punto si registra anche un'opposta tendenza che evidenzia i limiti di questo canone interpretativo e le ripercussioni negative sull'opera dell'organo giudicante. Così MCCORMICK, *The parol evidence rule as a procedural device for control of the jury*, in *Yale L. J.*, 1932, p. 365; MICHAELS, *Against formalism: the autonomous text in legal and literary interpretation*, in *Poetics T.*, 1979, p. 23; MACQUEEN, HOGG e HOOD, *Muddling through? Legal response to e-commerce from the perspective of a mixed system*, Vermandem 1998, p. 218.

La questione è da tempo oggetto di un acceso dibattito in seno alla dottrina angloamericana poiché manca un'uniformità di vedute in relazione alla base teorica della regola, ricondotta alternativamente nel novero delle *rules of substantive law*, delle *rules of form*, delle *rules of procedure* e, infine, delle *rules of judicial convenience*. Per un approfondimento delle quattro posizioni si vedano rispettivamente CORBIN, *Corbin on contracts*, 1960, p. 357; CALAMARI e PERILLO, *A plea for a uniform parol evidence rule and principles of contract interpretation*, in *Ind. L. J.*, 1967, p. 337; MURRAY, *The parol evidence process and standardized agreements under the Restatement (second) of contracts*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1975, p. 1342. Per una panoramica più generale cfr. PALMER, *Reformation and the parol evidence rule*, in *Mitch. L. Rev.*, 1967, p. 833; BROUDE, *The consumer and the parol evidence rule: section 2-202 of the Uniform commercial code*, in *Duke L. J.*, 1970, p. 881.

Un'ultima precisazione: se si vuole comprendere il modo in cui operano le *eac*, non si dovrebbe discorrere di *parol evidence rule* ma, più correttamente di “integrazione”: «it's note the fact that the document has been executed (or adopted) which makes the parol evidence rule applicable. Instead, it is the fact that the parties have integrated their bargain in the document»: così PEDEN e CARTER, *op. cit.*, p. 4; LEWISON, *The interpretation of contracts*, London, 1997, p. 45.

³⁸² In questo senso DENICOLA, *The law of contracts: pearls of wisdom*, Boston, 2002, p. 130; CALAMARI e PERILLO, *A plea for a uniform parol evidence rule and principles of contract interpretation*, cit., p. 333.

³⁸³ Sulla contrapposizione tra integrazione parziale e totale cfr. GORDLEY, *An american perspective on the Unidroit principles. Centro studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1996, p. 19; DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, *Las clausulas de restriccion probatoria o merger clauses en los contratos internacionales*, disponibile sul sito <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/merger.html>

Tale prova, invece, è preclusa nell'ipotesi dell'integrazione totale³⁸⁴.

In entrambi i casi, la finalità perseguita consiste nel preservare «the integrity of written contracts by refusing to allow the admission of oral statements or previous correspondence to contradict the written agreement»³⁸⁵.

Questa impostazione rispecchia un approccio alla tematica prettamente formalistico, incline ad attribuire allo scritto un ruolo prioritario rispetto ad altre fonti nel procedimento di ricostruzione della volontà privata³⁸⁶.

Da un punto di vista teorico, sono emerse due diverse interpretazioni della regola in esame³⁸⁷.

La versione più severa, nota come *hard-per*, considera il contratto completo se esso sembra tale *on its face*, escludendo che dichiarazioni prenegoziali, intenzione soggettiva e condotta posteriore al perfezionamento del contratto possano essere utilizzate ai fini interpretativi.

Al contrario, l'approccio più morbido - il *soft-per* - presuppone che la completezza del contratto trovi riscontro nell'*extrinsic evidence*³⁸⁸.

Poiché il significato di una parola dipende essenzialmente dal contesto nel quale è collocata, è necessario soffermarsi su quest'ultimo e non sovrastimare l'importanza degli accordi scritti³⁸⁹.

Questa seconda versione è da preferire in presenza di un contratto standardizzato nel quale la complessità e la mancanza di un'autentica convenzionalità impediscono alle parti di ponderare attentamente la predisposizione di determinate clausole.

³⁸⁴ Il termine "integration" si deve ad un'autorevole dottrina che lo ha definito come «the process of embodying the terms of a jural act in a single memorial»: così WIGMORE, *A treatise on the law of contract*, London, 1961, p. 75. L'alternativa tra integrazione totale o parziale del contratto costituisce uno dei nodi problematici più significativi in materia. Sul tema cfr. METZGER, *The parol evidence rule: promissory estoppel's next conquest?*, in *Vand. L. Rev.*, 1983, p. 1392; WALLACH, *The declining sanctity of the written contracts-impact of the uniform commercial code on the parol evidence rule*, in *Mod. L. Rev.*, 1979, p. 656.

³⁸⁵ Così DI MATTEO, *The law of international contracting*, L'Aja, 2002, p. 212.

³⁸⁶ Sul punto PATTERSON, *Good faith, lender liability and discretionary acceleration: of Llewellyn, Wittgenstein and the Uniform commercial code*, in *Tex. L. Rev.*, 1989, p. 192.

³⁸⁷ Sul punto cfr. WILLISTON, *Williston on contracts*, 1961, London, p. 1014; MURRAY, *The parol evidence rule process and standardized agreements under the restatement (second) of contracts*, cit., p. 1357.

³⁸⁸ Entrambi gli approcci presentano indiscutibili pregi. In sintesi, mentre l'*hard-per* promuove l'efficienza giudiziale poiché autorizza l'organo giudicante a valutare solo il contenuto del documento contrattuale, il *soft-per* abilita il giudice ad utilizzare un maggior numero di informazioni al fine di esprimere il suo parere sulla controversia insorta tra le parti.

³⁸⁹ «No man can determine the meaning of written words by merely glueing his eyes within the four corners of a square paper [...] that is men who give meanings to words and that words in themselves have no meaning»: così CORBIN, *The Interpretation of words and the parol evidence rule*, in *Cornell L. Q.*, 1964, p. 164. Sul *soft-per* cfr. MOORE, *A natural law theory of interpretation*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1985, p. 277.

E' questo il caso dei contratti *business to consumer*, caratterizzati dalla presenza di una parte tendenzialmente inesperta³⁹⁰, rispetto ai quali l'applicazione meno rigida della regola anglosassone assicura una tutela più incisiva del contraente debole.

Tuttavia, il rigoroso schematismo di queste ricostruzioni è inidoneo a dar conto della configurazione proteiforme della moderna prassi contrattuale: spesso le medesime corti adottano i due approcci alternativamente o in modo combinato, il che priva la distinzione poc' anzi esaminata di un effettivo significato in sede operativa³⁹¹.

Ciò che emerge dall'analisi giurisprudenziale e che giova evidenziare è la graduale affermazione di numerose eccezioni alla *parol evidence rule* che ne ridimensionano drasticamente l'ambito operativo al punto da far dubitare della sua natura di regola³⁹².

La comprensione reciproca della *parol evidence rule* e delle *entire agreement clauses*, dunque, è di fondamentale importanza poiché attraverso le clausole di completezza si intende escludere l'ammissibilità dell'*extrinsic evidence* e circoscrivere la portata quasi travolgente delle molteplici eccezioni alla regola³⁹³.

³⁹⁰ «Soft per should apply when extrinsic evidence benefits consumer»: così *CISG Advisory council opinion no. 3: parol evidence rule, plain meaning rule, contractual merger clause and the CISG*, disponibile su <http://digitalcommons.pace.edu/intlaw/238> p. 554

³⁹¹ Sul punto cfr. SCOTT, *The limits of expanded choice: an analysis of the interactions between express and implied contract terms*, in *Cal. L. Rev.*, 1985, p. 309. Per una panoramica giurisprudenziale sulla regola in esame cfr. U.S. District Court for the Southern District of New York, 14.04.1992, 91 Civ. 3253 (CLB); *Filanto S.p.a. v. Chilewich International Corp.*, in *F. Suppl. SDNY* 1992, p. 1229; *Beijing Metals & Minerals Import/Export Corporation v. American Business Center, Inc.*, in *Federal Reports*, 1993, p. 1178; *Filanto v. Chilewich International Corp. y Beijing Metals & Minerals Import/Export Corporation v. American Business Center, Inc.*, in KRITZER, *International contract manual. Guide to practical applications of the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Boston, 1989, p. 125.

³⁹² «The traditional rule is not so robust in application as in expression»: così FARNSWORTH, *On contracts*, Aspen, 2004, p. 436. Ne è conferma il fatto che in numerose ipotesi si ammette il ricorso all'*extrinsic evidence* per dimostrare che le parti non hanno voluto ridurre i loro accordi al solo documento contrattuale. Si è espressa in termini dubitativi anche la *Law Commission*: partendo dalla constatazione delle molteplici eccezioni alla *parol evidence rule*, essa è giunta a negare l'efficacia delle *eac* e ad affermare che l'intenzione delle parti può essere ricercata al di fuori del documento contrattuale. In altre parole, la *parol evidence rule* troverebbe applicazione solo nelle ipotesi di scuola nella quali si riesce a dimostrare che le parti hanno incluso nell'accordo scritto tutti i termini contrattuali. Sulla natura problematica di una regola che presenta numerose eccezioni cfr THAYER, *The parol evidence rule*, in *6 Harv. L. Rev.*, 1993, p. 325; TREITEL, *The law of contract*, cit., p. 175; LEWISON, *The interpretation of contracts*, London, 1997, p. 4; GIOVANNUCCI e ORLANDI, *Procedural law issues and Uniform Law Conventions*, in *Rev. dr. unif.*, 2000, p. 32; FLETCHNER, *More U.S decision on the U.N. Sales Convention: scope, parole evidence, "validity" and reduction of price under article 50*, in *J. L & Com.*, 1995, p. 153. Indicazioni interessanti emergono anche dal Report no. 154. *Law of Contract: the parol evidence rule*, command papers, 1986, par. 2. 45. Tra i casi più significativi di eccezioni alla *parol evidence rule* cfr. *Bank of Scotland v. Dunedin Property Investments Co. Ltd.* (1998) SC 657 e *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich B.S.* [1998]1 W.L.R. 898 (H.L.), citati da CORDERO MOSS, *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law*, disponibile sul sito <http://folk.uio.no/giudittm/AngloAmerican%20Contract%20Models.pdf>, p. 55.

³⁹³ «The absence of a merger clause in a written agreement does not preclude the application of the parole evidence rule. However, by failing to include a merger clause in a written agreement, the parties leave it to a judge to decide if the parties to a contract intended the subject writing to be a final, integrated expression of their agreement, sufficient to invoke the parole evidence rule. By including a sufficient

Il legame tra *parol evidence rule* ed *entire agreement clauses* si manifesta anche in sede ermeneutica: il modo di intendere la regola di *common law*, infatti, si ripercuote sull'interpretazione delle clausole di completezza ed introduce un ulteriore elemento di differenziazione³⁹⁴.

L'ottica *hard-per* riconosce alle *merger clause* un'identità solida e una forza cogente che possono essere messe in discussione solo quando l'*extrinsic evidence* si riferisce ad un contratto diverso da quello nel quale è contenuta la clausola.

L'approccio *soft-per*, invece, ammette il superamento dell'*eac* purché sia formulate in modo ambiguo.

Alla luce di queste considerazioni, non pare possibile rispondere in maniera univoca al quesito al quale si è fatto cenno nella prima parte del presente capitolo – e cioè la questione dell'ambito di applicabilità delle clausole di completezza – non solo perché il modo di intendere la *parol evidence rule* si riflette inevitabilmente sul significato e l'interpretazione delle clausole, ma anche perché non è dato riscontrare una prassi uniforme, quanto alla loro operatività, all'interno degli ordinamenti di *common law*³⁹⁵.

Mentre le corti inglesi ritengono che le clausole di completezza rendono inefficaci i *collateral agreements* eventualmente intervenuti tra le parti, i giudici americani mostrano una maggior propensione a riconoscere un mero valore presuntivo alle *merger clauses*, capaci di produrre solo un effetto indiretto sulla loro attività ermeneutica³⁹⁶.

Il confronto fra i due principali ordinamenti di *common law* testimonia l'esistenza di alcuni tratti di discontinuità nelle ricostruzioni elaborate dalla dottrina e giurisprudenza inglese e statunitense, a conferma della natura fortemente enigmatica e dibattuta delle clausole di completezza.

merger clause in all contracts, each party to the contract can much more effectively guard against another party's attempt to vary, contradict or add to the terms of the contract through the use of extrinsic evidence»: così LANGLEY e MARTIN, *Boilerplate terms, rules of interpretation and developments in drafting contracts*, disponibile sul sito <http://www.jw.com/publications/article/904>, p. 16.

³⁹⁴ Pertanto, un corretto approccio alla tematica suggerisce di occuparsi non tanto dell'ammissibilità della *merger clause*, quanto del peso e del significato da attribuirle. Sul punto cfr. NICHOLLS, *My kingdom for a horse: the meaning of words*, in *Law. Quart. Rev.*, 2005, p. 577; MCMEEL, *Prior negotiations and subsequent conduct- the next step forward for contractual interpretation*, in *Law Quart. Rev.*, 2003, p. 272.

³⁹⁵ Il sistema di *common law* comprende al suo interno le esperienze giuridiche di altri Paesi. In considerazione dei limiti imposti dal presente lavoro di ricerca, si è ritenuto opportuno focalizzare la propria attenzione solo su Regno Unito e Stati Uniti, nella consapevolezza del ruolo centrale da essi ricoperto nell'area di *common law*.

³⁹⁶ Per tale ragione, nel panorama statunitense una *merger clause* tendenzialmente non produce alcun effetto sull'interpretazione ma riguarda solo la determinazione dei termini contrattuali che il giudice americano interpreta con maggiore libertà rispetto a quanto fanno i colleghi anglosassoni.

Tali difficoltà interpretative contribuiscono a spiegare il graduale ripensamento maturato in seno alle corti angloamericane in relazione ai termini contrattuali in esame: l'originaria propensione manifestata nei loro confronti, infatti, è stata soppiantata da un atteggiamento improntato ad una maggiore cautela.

Innanzitutto, l'esperienza ha mostrato come le *eac* spesso sono il frutto della determinazione unilaterale di un contraente, il che equivale a privare la parte debole della possibilità di esercitare un effettivo controllo sul contenuto del contratto³⁹⁷.

Una prima *ratio* del loro graduale depotenziamento nel panorama anglosassone, dunque, si individua nella constatazione dei pesanti risvolti applicativi connessi all'inserimento di tali clausole nei contratti asimmetrici.

Secondariamente, le *eac* possono ostacolare la scoperta della verità poiché la presunzione di completezza del documento contrattuale contenuta al loro interno preclude la considerazione di alcuni fatti e l'assunzione di determinate prove (siano esse un patto, una dichiarazione prenegoziale o una condotta successiva al perfezionamento del contratto).

Infine, poiché le clausole in esame cronicizzano la vicenda contrattuale ed impediscono alle parti di modificare il documento da loro redatto, esse si risolvono in un limite alla *freedom of contract*.

A dire il vero, la libertà di contrarre rappresenta un argomento adoperato dai detrattori ma anche dai sostenitori delle clausole di completezza, favorevoli al loro *enforcement*.

I contraenti sono liberi di determinare il contenuto del contratto e di escludere, seppur indirettamente, qualsiasi ingerenza in sede giudiziale. In quest'ottica, le *merger clauses* non costituiscono un ostacolo bensì uno strumento di implementazione dell'autonomia negoziale, invocata a conferma della loro validità.

Impedendo la ricerca di documentazione concernente la fase precontrattuale, evitano indagini dispendiose, soddisfano esigenze di economicità, proteggono il contratto nella sua integrità e promuovono la certezza del diritto garantendo la presenza di un'unica espressione della volontà privata³⁹⁸.

³⁹⁷ Anche nel nostro ordinamento sono stati espressi dubbi dalla dottrina in relazione alle *merger clauses* non negoziate individualmente. Per un approfondimento sul punto cfr. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, cit., p. 586. L'Autore sottolinea come questi dubbi sono in larga parte superabili attraverso una serie di temperamenti alla regola che esclude la modifica informale di un contratto. Si pensi alla presunzione della prevalenza della dichiarazione informale se vi sia stato l'affidamento di una parte che la subisce sulla rilevanza di questa dichiarazione.

³⁹⁸ A tale proposito, è stato rilevato come lo scritto «act as a check against unconsidered action»: così FULLER, *Consideration and form*, in *Colum. L. Rev.*, 1941, p. 799. Nel medesimo senso cfr. anche WILLISTON, *A treatise on the law of contracts*, cit., p. 80: «when a contract is unambiguous, the court

Da questo punto di vista, le clausole di completezza consentono di trarre dalla *evidentiary function* propria dello scritto sostanzialmente tre vantaggi³⁹⁹.

In primo luogo, se un accordo deve essere scritto per essere vincolante, le parti sono indotte a risolvere i loro conflitti fuori dalle aule dei tribunali, consultando il documento contrattuale.

Inoltre, anche qualora insorga una lite giudiziaria, questa può essere più facilmente risolta sulla base dello scritto

Infine, e forse questo è il dato più significativo ai fini del presente lavoro di ricerca, quando una parte si avvale di un rappresentante o di un incaricato ad altro titolo per la conclusione di un affare, il vincolo imposto dalla *merger clause* assicura che tale soggetto non inserisca nel contratto alcuna modifica non preceduta dall'autorizzazione del rappresentato⁴⁰⁰.

Quest'ultima osservazione, se calata all'interno del nostro ordinamento, consente il rinvio alla prima parte dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons.

La questione merita un approfondimento che si ritiene opportuno rinviare al prosieguo della trattazione, antepoendo al suo esame alcune precisazioni preliminari in merito ai delicati rapporti tra clausole di forma e di completezza negli ordinamenti di *civil law*.

In questa sede è sufficiente constatare la capacità della dottrina e giurisprudenza angloamericane di indagare una fenomenologia complessa in modo critico e imparziale, evidenziandone tanto le positività e i vantaggi, quanto i limiti, nella consapevolezza dei possibili pregiudizi che l'inserimento di tali clausole in un contratto asimmetrico può arrecare alla parte debole.

Quanto è emerso sino ad ora evidenzia il pragmatismo degli interpreti di *common law*, il cui approccio ben si adatta alla natura polifunzionale delle clausole di completezza.

L'esposizione fin qui svolta, inoltre, indirizza l'ulteriore corso della ricerca verso la ricognizione del significato e dell'ambito di operatività della forma e dell'oggetto del contratto nei sistemi angloamericani.

must give effect to the contract as written, the duty of the court being to declare the meaning of what was written in the instrument, not what was intended to be written».

³⁹⁹ Questa affermazione non è condivisa all'unanimità. Taluno ritiene che lo scritto non garantisce necessariamente la "*cautionary and evidentiary function*" che tradizionalmente si riconnette al formalismo. Sul punto cfr. HILLMAN, *Article 29 (2) of the United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods. A new effort at clarifying the legal effect of "no oral modification" clauses*, disponibile su <http://www.cisg.law.pace.edu/>

⁴⁰⁰ Per un approfondimento sul punto cfr. BROOKS, *Parol modification and the Statute of frauds: fitting the pieces together under the uniform commercial code*, in *21 Campbell L. Rev.*, 1999, p. 314.

Nella considerazione del tema – dotato di un elevato rilievo applicativo e degno di meditazione critica – si vedrà come il diritto angloamericano non concepisce il legame tra prescrizioni di forma e di contenuto sulla falsariga di quanto riportato in *civil law*.

La sistemazione di tale problematica, dunque, rappresenta un passaggio obbligato prodromico all'esame dei rapporti tra clausole di completezza e di forma nel diritto angloamericano.

Ai fini che qui interessano, pertanto, le due tematiche devono essere esaminate congiuntamente in ragione della loro contiguità funzionale, nella consapevolezza di poter trarre dalla disciplina generale del contratto interessanti spunti di riflessione relativi all'oggetto di indagine.

2.2 Il problema della forma e dell'oggetto del contratto

Quanto è emerso nella prima parte del capitolo testimonia l'indubbia attualità del tema in analisi per il rilievo sistematico di cui è dotato, nonché per la necessaria opera di revisione delle categorie tradizionali che esso suggerisce.

Dopo aver evidenziato i motivi che inducono ad inserire un approfondimento sulle clausole di completezza all'interno di una ricerca dedicata al formalismo convenzionale nella contrattazione tra consumatore e professionista, si è cercato di operare una ricognizione del significato e dell'ambito di applicabilità delle *merger clauses*.

A tal fine, si è ritenuto opportuno procedere alla previa contestualizzazione delle clausole di completezza nei loro "luoghi" di origine: si intende, in tal modo, avviare un avvicinamento delle esperienze angloamericane con quelle dei Paesi dell'Europa continentale, nel tentativo di superare la tendenza al particolarismo giuridico senza negare le peculiarità di ogni ordinamento.

L'analisi condotta sino ad ora mostra chiaramente come l'oggetto di indagine è gravido di implicazioni e rifugge da ricostruzioni monolitiche: un approccio circostanziato, capace di dar conto delle reali funzioni che le parti hanno voluto attribuire alla clausola, sembra essere maggiormente in sintonia con la natura composita del dibattito sviluppatosi in materia.

I rilievi emersi sino ad ora, tuttavia, non risolvono l'ambito di trattazione delle clausole di completezza in *common law*.

Prima di focalizzare la propria attenzione sulle esperienze giuridiche continentali, è opportuno soffermarsi ancora sul contesto angloamericano ed entrare in *medias res* analizzando il binomio clausole di forma e clausole di completezza.

Da questo punto di vista, le *merger clauses* costituiscono un terreno di verifica della disciplina contrattuale classica e forniscono un'utile occasione di rilettura delle categorie tradizionali, nella consapevolezza che la nozione di *contract* corrisponde solo marginalmente a quella di contratto propria degli ordinamenti di *civil law*⁴⁰¹ e che tra i due sistemi giuridici sussistono marcate differenze strutturali⁴⁰².

Il tema esprime un discorso estremamente articolato del quale è possibile svolgere solo i profili attinenti al rapporto tra forma ed oggetto.

Pertanto, un sintetico *excursus* incentrato sulle nozioni di oggetto e contenuto del contratto, seppure nei limiti consentiti da questa esposizione, appare proficuo al fine di una migliore comprensione delle problematiche connesse al trattamento delle clausole di completezza.

Ad una rapida ricognizione della legislazione angloamericana in materia di requisiti del contratto, emerge l'assenza di uno strumento concettuale analogo all'oggetto, un «prodotto tipico dello spirito e della mentalità di *civil law*»⁴⁰³, che non rientra tra i requisiti del *contract*, ossia *consent*, *capacity*, *consideration* e *form*.

⁴⁰¹ «La teoria dell'oggetto del contratto [...] non è altro che un modo di esprimere, in termini di logica o nel linguaggio dei concetti, una differenza ormai celebre fra *civil law* e *common law* a proposito della concezione dell'obbligazione contrattuale»: così GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale*, in *Jus*, 1953, p. 300.

⁴⁰² L'esame dei requisiti del contratto e dei loro reciproci rapporti testimonia l'esistenza di evidenti tratti di discontinuità tra *civil* e *common law* quanto al modo di interpretare il contratto. Tali differenze danno origine a potenziali attriti in sede ermeneutica: si pensi al binomio forma e *consideration*. Negli ordinamenti angloamericani le prescrizioni in tema di forma sono profondamente influenzate dalla requisito della *consideration* che attesta la serietà della volontà privata diretta a creare un vincolo giuridicamente vincolante. A titolo meramente esemplificativo, nei negozi giuridici a titolo gratuito l'imposizione di un vincolo di forma, il "deed", tende a colmare l'assenza di *consideration*. In realtà emergono anche punti di contatto tra i due sistemi giuridici. Si consideri l'origine del contratto quale atto di autonomia privata: la responsabilità *ex delicto* in ambito romanistico e il *tort* in *common law* hanno preceduto la responsabilità contrattuale in entrambi gli ordinamenti. «La nascita del *contract*, cioè il delinearsi di un'autonoma responsabilità per rottura di una promessa volontariamente assunta, si identifica con un processo di emancipazione dal ceppo originario dell'illecito»: così ROPPO, *Contratti e atti giuridici*, disponibile sul sito [http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-e-attigiuridici_%28Enciclopedia delle Scienze Sociali%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-e-attigiuridici_%28Enciclopedia%20delle%20Scienze%20Sociali%29/)

Per un approfondimento sul contratto nei paesi di *common law*, ed in particolare dei rapporti tra forma e *consideration* cfr. *ex pluribus*, GALGANO, *Atlante di diritto comparato*, Bologna, 1998, p. 67; ZWEIGERT KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti, Milano, 1998, p. 58; MONATERI e SACCO, *Il contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 138; ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 166.

⁴⁰³ Così GORLA, *op. ult. cit.*, p. 292.

In *common law* non è stata avvertita l'esigenza di riunire all'interno di un unico concetto – l'oggetto del contratto – situazioni estremamente variegata. Questa considerazione, nella logica dell'Autore, dovrebbe indurre ad abbandonare i tentativi di formulare una teoria dell'oggetto del contratto: poiché, infatti,

L'*object of contract*, a cui fanno riferimento gli interpreti di *common law*, non esprime un principio dalla generica portata applicativa come accade nella teoria generale dell'oggetto del contratto degli ordinamenti continentali; esso identifica il contenuto del contratto da intendersi in un'ampia accezione e da rapportarsi alle ipotesi di illiceità⁴⁰⁴.

Anche la nozione di "*subject matter*" non rappresenta un valido equipollente dell'oggetto, ad ulteriore riprova del ruolo marginale dell'oggetto se paragonato all'indiscussa centralità e al primato della *consideration* in *common law*⁴⁰⁵.

Il diritto angloamericano non attribuisce il medesimo rango alla forma e all'oggetto poiché solo la prima integra un requisito del *contract*.

Il disinteresse mostrato nei confronti del contenuto del regolamento negoziale⁴⁰⁶ si ripercuote inevitabilmente sull'interpretazione delle clausole di completezza e condiziona il dibattito sulla loro natura giuridica che, in assenza di una adeguata considerazione dell'oggetto, viene necessariamente indirizzato verso la problematica della forma.

l'oggetto non può essere elevato al rango di elemento essenziale del *contract*, l'elaborazione di un concetto generale di oggetto è sprovvista di una qualche utilità pratica. In questa prospettiva si collocano anche le obiezioni di quanti ritengono che l'oggetto del contratto «obstructs the armonisation of the contract law»: così STORME, *The validity and the content of contracts*, in AA.Vv., *Towards a European civil code*, London, 1996, p. 162. A fronte del disinteresse emerso nell'area di *common law* nei confronti dell'oggetto del contratto, si comprendono le difficoltà sottese ad un'opera di armonizzazione del diritto europeo dei contratti che mostra al suo interno profonde differenze. E' questa una delle ragioni che spiega l'esclusione dell'oggetto tra i requisiti del contratto nel Codice europeo dei contratti elaborato dalla Commissione Lando. Sul punto cfr. LANDO, *European contract law*, in *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, diretto da MOCCIA, Milano, 1993; GANDOLFI, *L'unificazione del diritto dei contratti in Europa mediante o senza legge?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 129.

⁴⁰⁴ Sul punto cfr. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, p. 99, nota 88.

⁴⁰⁵ «Parties are allowed the fullest latitude with regards to the subject matter of their agreements. The law, indeed, requires that there shall be nothing illegal in the consideration, or in the thing which is to be done or omitted»: così CHITTY, *A practical treatise on the law of contracts not under seal and upon the usual defences to action thereon*, Worcester, 1955, p. 265. Per un approfondimento sul significato di *subject matter* cfr. ADAMS e MCQUEEN, *Atiyah's Sale of goods*, Dorchester, 2010, p. 75. La sovrapposizione tra oggetto e *consideration* emerge con chiarezza in relazione al problema della indeterminatezza dell'oggetto. Ciò che il diritto continentale ricollega all'oggetto non determinato o determinabile, per il giurista di *common law* deve essere rapportato alla questione della volontà: solo in presenza di termini contrattuali certi, infatti, si può ritenere che i contraenti abbiano voluto seriamente impegnarsi. Emerge, dunque, la tendenza in *common law* a concepire in termini meno stringenti i requisiti di certezza necessari ai fini della validità di un negozio giuridico. La ricostruzione trova conferma nell'atteggiamento delle corti di *common law* che, per affermare la validità di un contratto con oggetto indeterminato ma contenente una clausole di esclusiva, hanno ritenuto che tale clausola sia di per sé sufficiente ad assicurare la sussistenza della *consideration*. Sul punto cfr. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 92.

Questa diversa prospettiva viene posta in evidenza anche da un altro Autore: «in *common law*, il tema della indeterminatezza tende a sovrapporsi a quello delle *illusory promises*, nelle quali si riscontra una mancanza di impegno – e quindi di *consideration* – che porta inequivocabilmente alla caducazione del contratto»: così GUERINONI, *op. ult. cit.*, p. 176.

⁴⁰⁶ Tale disinteresse si contrappone nettamente alla tendenza del diritto continentale, che ritiene l'oggetto un elemento logicamente necessario del negozio giuridico.

Si comprende il motivo per il quale le differenze strutturali tra clausole di forma e di completezza non costituiscono argomento di discussione in seno alla dottrina e alla giurisprudenza angloamericana che, nel discorrere di clausole di forma, fanno immediato riferimento alle *entire agreement clauses*, sovrapponendo o confondendo i profili contenutistici e formali.

In questo contesto, dunque, diventa problematico capire se, ed eventualmente a quali condizioni, un'*entire agreement clause* possa essere considerata una clausole di forma.

L'interrogativo troverà una risposta nello studio delle clausole di completezza nei Paesi di *civil law*, dove le due clausole non integrano un'unica e generica tipologia di termini contrattuali, ma presentano contenuti differenti e finalità solo parzialmente sovrapponibili.

L'approccio assiologico, orientato all'identificazione di eventuali affinità e punti di contatto, conferma la loro sostanziale diversità, anche se sottolinea come questa differenza non rappresenta un valido argomento per legittimare un diverso trattamento ermeneutico di una clausole di forma e di una *merger clause* se dirette al perseguimento di analoghe finalità.

Al contrario, i tentativi di assimilazione sono destinati a fallire negli ordinamenti di *common law* che non conoscono gli "strumenti concettuali" alla base di tale distinzione o, meglio, che concepiscono il rapporto tra forma ed oggetto del contratto in termini profondamente diversi da quando accade nel diritto continentale⁴⁰⁷.

Dottrina e giurisprudenza angloamericane, più che concentrarsi sugli aspetti definitori e sui tentativi di ricondurre le clausole del contratto entro precisi schemi classificatori, privilegiano l'esame delle singole clausole e degli effetti da esse dispiegati all'interno della vicenda contrattuale.

Da questo punto di vista, l'atteggiamento angloamericano offre interessanti spunti di riflessione per il giurista continentale, poiché testimonia i pregi di una tendenza interpretativa che in prima battuta verifica le implicazioni operative di una clausola per poi individuarne il trattamento più consono.

Questo approccio – che attribuisce un valore meramente secondario al *nomen iuris* di un istituto – ben si concilia con le finalità protezionistiche alla base della normativa consumeristica, ove il corretto svolgimento delle questioni problematiche ad esse

⁴⁰⁷ In quest'ottica, in presenza di un oggetto non determinato, non si deve ritenere che il contratto sia invalido ma, piuttosto, che le dichiarazioni delle parti siano sprovviste di quella minima consistenza che consente loro di attribuire una veste giuridicamente vincolante.

sottese trova un momento decisivo nell'esame delle finalità perseguite dalle parti attraverso la predisposizione di determinate clausole contrattuali.

Inoltre, la prospettiva teleologica e la predilezione manifestata per l'analisi del caso concreto fanno sì che le rilevate differenze metodologiche e contenutistiche tra le teorie del contratto in *civil e common law* si riducano.

Una conferma in tal senso si trae dall'analisi delle recenti tendenze giurisprudenziali americana, inglese, tedesca e spagnola che accordano prevalenza alle modifiche aformali rispetto alla clausola di forma scritta ogni qualvolta una parte abbia confidato nell'operatività della modifica non scritta, sempre che la volontà di derogare al vincolo di forma risulti in modo inequivocabile⁴⁰⁸.

Nel rinviare al successivo paragrafo l'impostazione della problematica circa il rapporto tra forma ed oggetto in *civil law* – esempio emblematico dei profondi mutamenti che hanno interessato tanto la prassi contrattuale quanto il dato positivo – in questa sede è sufficiente constatare la necessità di stigmatizzare l'utilizzo di categorie concettuali antiquate, con le quali non pare possibile dar congruo inquadramento ad un panorama normativo sempre più articolato.

Una disamina così orientata evidenzia alcuni punti di contatto tra i due sistemi giuridici e consente di superare le obiezioni di quanti ritengono che le differenze strutturali tra *civil e common law* siano tali da impedire la creazione di un unico diritto europeo dei contratti.

Su questo terreno, ben distante dalle rigide contrapposizioni, occorre verificare l'opportunità di procedere ad una revisione delle ricostruzioni dottrinali tradizionali, nella consapevolezza che le origini e la storia dei sistemi giuridici si saldano inevitabilmente con le attuali vicende degli istituti giuridici.

Le esperienze angloamericana e continentale scontano inconfutabili differenze sistematiche che spiegano, in parte, il diverso approccio alla clausole di completezza e di forma.

Impossibile ricondurre ad uniformità la considerazione ed il significato che le due culture giuridiche attribuiscono ai termini contrattuali di cui si tratta: mancano parametri di classificazione comuni e, anche nei casi di coincidenza terminologica, le diversità in sede interpretativa rendono scarsamente praticabile una loro sovrapposizione contenutistica.

⁴⁰⁸ L'avvicinamento delle diverse esperienze nazionali, dunque, è un obiettivo reale, la cui realizzabilità trova nell'analisi casistica un'ulteriore conferma.

Il tema, entro i limiti della sintesi sommaria che questa esposizione ha consentito, evoca i profili della qualificazione e dell'interpretazione del contratto ed è in grado di suscitare un ripensamento in chiave critica di questioni non direttamente connesse all'oggetto di indagine, a conferma della attualità e della centralità che lo connotano.

In questa delicata attività ermeneutica, l'interprete non deve appiattire le differenze tra le culture giuridiche ma individuare soluzioni in grado di esprimere la natura sovranazionale di alcune problematiche e il caso delle *merger clauses* costituisce senza dubbio un esempio emblematico in tal senso.

Pertanto, la contestualizzazione nei differenti sistemi giuridici delle clausole di completezza – prima considerate isolatamente e poi nel loro rapporto con gli accordi sulla forma – favorisce il superamento delle logiche particolaristiche nonché il progressivo avvicinamento di *civil* e *common law*, nella consapevolezza che i tratti fisionomici e il retroterra culturale di ciascun ordinamento non impediscono la creazione di un diritto contrattuale di matrice europea.

Quanto è emerso dalla disamina dell'esperienza angloamericana induce ad affermare che la natura delle clausole, di forma o completezza, non deve precludere la possibilità di un trattamento giuridico omogeneo.

Solo procedendo ad una puntuale identificazione degli interessi che le parti hanno inteso soddisfare, senza tralasciare le considerazioni attinenti alla meritevolezza della loro tutela, è possibile individuare in concreto le finalità di una clausola: che questa attenga nello specifico alla forma piuttosto che al contenuto di un atto, è un dato che le corti angloamericane trascurano, forti di una teoria generale del contratto che non contempla una netta contrapposizione tra requisiti formali e strutturali.

Lo studio del rapporto tra clausole di completezza e di forma in *common law*, pertanto, risulta profondamente ancorato al dato fattuale e pone una maggiore enfasi sui momenti applicativi, rispetto alle questioni prettamente descrittive.

L'assenza di una visione marcatamente disgiunta di forma e sostanza, unitamente all'emersione delle forme – contenuto di derivazione comunitaria di cui si discorrerà nel prosieguo della trattazione, suggeriscono una diversa chiave interpretativa della problematica in esame.

Sullo sfondo vi è una riflessione sull'autonomia negoziale che rivendica ambiti di esercizio sempre più estesi; tuttavia il suo espandersi deve inevitabilmente essere controbilanciato da un più incisivo potere di intervento dell'organo giudicante in presenza di situazioni di disparità strutturale tra le parti.

Il riconoscimento di nuove modalità di espressione della libertà negoziale, dunque, deve essere accompagnato da un'analisi dei controlli sostanziali volti ad impedire abusi dell'autonomia negoziale.

Nella considerazione del tema, anche alla luce della sovrapposizione concettuale tra forma e contenuto tipica dei Paesi di *common law*, è opportuno verificare gli spazi di incidenza dell'iniziativa unilaterale sia se la clausola predisposta dal contraente forte è una clausola sulla forma, sia se essa attiene ai profili prettamente contenutistici.

In entrambi i casi, infatti, se il regolamento contrattuale riconosce un'eccessiva discrezionalità ad una parte, si rende necessario l'intervento giudiziale a salvaguardia del soggetto pregiudicato dall'abuso dell'autonomia altrui.

Nel tentativo di offrire una visione più completa del tema di ricerca, prima di occuparsi delle clausole di completezza in *civil law*, si ritiene utile un sintetico approfondimento dedicato alle *no oral modification clauses*, ricondotte dalla dottrina angloamericana maggioritaria nel novero delle *merger clauses*.

In realtà, le due tipologie hanno dato luogo a contrasti ed interpretazioni non omogenee quanto al loro significato e agli effetti che da esse discendono.

Pertanto, solo dopo aver chiarito nozione e funzione delle *nom-clauses*, sarà possibile verificare se anch'esse, come le *eac*, si prestano ad abusi nei confronti del contraente debole e, nel caso affermativo, predisporre gli opportuni controlli per correggere l'utilizzo distorto delle prerogative dell'autonomia negoziale.

Inoltre, la prospettiva comparatistica evidenzia ulteriori ragioni di insoddisfazione nei confronti dell'assimilazione delle *nom-clauses* alle *merger clauses*.

Negli ordinamenti di *civil law*, infatti, la questione delle clausole *nom* si sovrappone alla problematica della revoca tacita dei patti sulla forma, uno degli aspetti più spinosi del formalismo convenzionale, dal momento che la prevalenza della modifica aformale si traduce in una frustrazione degli scopi alla base della prescrizione di forma⁴⁰⁹.

Dunque, utilizzando le categorie concettuali del diritto continentale, le *nom-clauses* si identificano con le clausole di forma, non di completezza, a conferma della discrasia terminologica esistente in materia e della scarsa praticabilità di una sintesi ricognitiva fondata su un univoco criterio di classificazione.

La complessità del dibattito e l'assenza di staticità derivante dalle molteplici sfumature esistenti tra le clausole di cui si discorre devono fungere da stimolo e sollecitare un impegno di analisi più accentuato, alla ricerca di un confronto costruttivo capace di

⁴⁰⁹ Per un approfondimento sul punto cfr. FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale*, cit., p. 318.

ridurre la distanza tra le ricostruzioni teoriche e le problematiche concretamente emerse nella prassi contrattuale.

2.3 *Merger clauses* e *No oral modification clauses* in *common law* e nel diritto uniforme

La natura criptica delle clausole di completezza e la complessità di una tematica oggetto di scarsa considerazione legislativa trovano conferma nelle *no oral modification clauses*, una tipologia di clausole contrattuali che rende ancor più problematica l'individuazione di una terminologia uniforme.

La predisposizione di una *no oral modification clause* è indice della volontà dei contraenti di concentrare in un unico documento le loro pattuizioni: da questo punto di vista, *entire agreement clauses* e *nom-clauses* presentano una significativa affinità che ha dato origine a sovrapposizioni concettuali e a fraintendimenti in sede ermeneutica⁴¹⁰.

Il criterio discrezionale tra le clausole è stato individuato nella loro diversa efficacia temporale: mentre le *eac* non si estendono ai negozi e agli accordi successivi al contratto, le *nom-clauses* precludono l'introduzione di qualsiasi modifica scritta, comprese quelle posteriori al suo perfezionamento⁴¹¹.

Si pensi all'eventualità in cui si avverte la necessità di apportare una successiva variazione al regolamento negoziale: un accordo intervenuto oralmente tra le parti potrebbe frustrare gli interessi ai quali la *merger clause* accorda protezione.

Pertanto, poiché le clausole di completezza non escludono l'evidenza di modifiche successive, le parti utilizzano una *no oral modification clause* per rendere più incisiva e sicura la perimetrazione del contenuto del contratto.

Questa ricostruzione non è accolta all'unanimità; una dottrina minoritaria, infatti, ritiene che la contrapposizione tra *merger* e *no oral modification clauses* non possa essere basata sull'applicazione di un parametro temporale ma che la differenziazione tra le due

⁴¹⁰ «A so called merger, according to which all prior negotiations have been merged into the contract document, has been treated like a no oral modification clause, so that no evidence of oral agreement prior to the written contract could be adduced in order to modify or terminate that contract»: così KLASS, *Contract law in Usa*, New York, 2010, p. 88.

⁴¹¹ «Nom clause has the same effects as the merger clause with regard to any future negotiations, promises and any other extrinsic evidence»: così MEYER, *Privatautonome Abbedingung*, 2008, p. 72 citato in LETSAS, *Current legal problems*, 2010, Oxford, p. 545, nota 108.

sia una questione di pura interpretazione rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante⁴¹².

A mio avviso, questa impostazione non è condivisibile: l'impossibilità di individuare aspetti caratteristici propri di ciascuna delle due clausole, infatti, dovrebbe indurre ad attribuire loro il medesimo significato; ed è questa una conclusione distante dalla prassi contrattuale, nella quale l'utilizzo combinato di *merger* e *nom-clauses* ha dato origine all'espressione "zipper clauses", confermando che le due clausole presentano contenuti e realizzano obiettivi non perfettamente collimanti⁴¹³.

Elementi di continuità tra *eac* e *nom-clauses* emergono in relazione alle argomentazioni addotte dai loro sostenitori e detrattori, rispettivamente per ampliarne o ridurne l'ambito applicativo: come per le *eac*, anche per le *nom-clauses*, il richiamo alla *freedom of contract* consente di affermarne la validità o, al contrario, di inibirne l'utilizzo ad opera del contraente forte.

Se, infatti, le parti sono autonome nel decidere di vincolarsi al rispetto di un accordo scritto, essendo «the best judges of their need and interest»⁴¹⁴, è altresì innegabile che l'*enforcement* delle *nom-clauses* preclude la libertà di modificare la propria iniziale opinione, risolvendosi in un limite dell'autonomia contrattuale⁴¹⁵.

Il carattere pericoloso e sconveniente delle clausole in esame si palesa nei contratti non negoziati, nei quali l'assenza di informazioni e la scarsa esperienza di uno dei contraenti sono solo alcuni dei fattori che destano perplessità in ordine alla validità di tali termini contrattuali.

Non si deve trascurare, infatti, che la parte debole può aver riposto il suo affidamento nella modifica aformale successiva alla conclusione del contratto: tale affidamento esige

⁴¹² «Retornando a las merger clauses, es, no obstante, posible que los contratantes pretendan darle ese ultimo efecto (cioè l'effetto tipico delle no oral modification clauses) a las merger clauses»: così DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, *Las clausulas de restriccion probatoria o merger clauses en los contratos internacionales*, cit., p. 2, nota 14. Sempre in merito alla tendenza a paragonare *eac* e *nom-clauses* cfr. DI MATTEO, *The Law of International Contracting*, cit., p. 45; ID., *International sales: a critical analysis of CISG jurisprudence*, Cambridge, 2011, p. 48.

⁴¹³ «So frequent is the combination of the *eac* with a *nom* – clause that the terminology "zipper clauses" has developed to denote the combined clause»: così LETSAS, *Current legal problems*, cit., p. 546, nota 109. Sulla non perfetta coincidenza tra le due clausole cfr. anche LANDO e BEALE, *Principles of european contract law*, I-II, 2000, art. 2:105: «the merger clause, more than dealing with aspects of the modification or termination of the contract, deals with issues of interpretation and evidence».

⁴¹⁴ Sul punto cfr. CALABRESI e MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, p. 617. Nello stesso senso cfr. ATIYAH, *Book review*, in *Harv. L. Rev.*, 1981, p. 523.

⁴¹⁵ «The oral modification is a binding contract which varies the original written contract and supersedes the *nom-clause*»: così WAGNER VON PAPP, *European contract law: are no oral modification clauses not worth the paper they are written on*, disponibile sul sito <http://clp.oxfordjournals.org/content/63/1/511.extract>, p. 524.

una qualche forma di tutela, soprattutto nei casi, tutt'altro che infrequenti, in cui le clausole predisposte unilateralmente non siano redatte in modo chiaro e trasparente⁴¹⁶.

Il problema, già emerso in relazione alle clausole di completezza, si complica ulteriormente in presenza di una *nom-clause* poiché essa preclude qualsiasi modifica, anche quelle rese opportune da un cambiamento imprevedibile di circostanze.

Questa consapevolezza ha indotto la giurisprudenza statunitense ad affermare la validità delle modifiche orali successive alla conclusione dell'accordo, prescindendo dalla clausola che le vieta espressamente⁴¹⁷.

Nel bilanciamento tra i due momenti centrali della libertà contrattuale⁴¹⁸ – che trova espressione rispettivamente nell'introduzione della *nom-clause* e nella modifica orale – i giudici americani hanno accordato prevalenza a quest'ultima⁴¹⁹: solo così, infatti, si tutela sostanzialmente l'autonomia privata per tutta la durata della vicenda contrattuale e non solo nella fase di formazione del contratto.

Le pesanti implicazioni connesse all'utilizzo delle clausole *nom* hanno indotto anche le corti inglesi, seppur in tempi più recenti, a privilegiare questa tendenza ermeneutica, riservando a questi termini contrattuali un trattamento più severo rispetto a quanto accade per le *eac*⁴²⁰.

⁴¹⁶ Parte della dottrina nei Paesi di *common law* ritiene che debba prevalere l'esigenza di tutelare “*the reliance interest*”. Sul punto cfr. FEINMAN, *Promissory estoppel as an independent theory of recovery*, in *Rutgers L. Rev.*, 1983, p. 472; FULLER e PERDUE, *The reliance interest in contract damages*, in *Yale L. J.*, 1936, p. 52.

⁴¹⁷ Tuttavia, questo approccio incontra un limite in numerose leggi finalizzate all'*enforcement* delle *no oral modification clauses*. A titolo meramente esemplificativo si considerino il § 1698 del Cal. Civ. code e i § 15-301 della N.Y. gen Oblig Law. In quest'ultima si legge che: «a written agreement or other written instrument which contains a provision to the effect that it cannot be changed orally, cannot be changes by an executory agreement unless such executory agreement is in writing and signed by the party against whom enforcement of the change is sought or by his agent».

⁴¹⁸ Sul punto cfr. SMYDER, *Concept of change*, in *Wisc. L. Rev.*, 1999, p. 607.

⁴¹⁹ In questo senso FREEMAN e GOODENOUGH, *Law, mind and brain*, Ashgate, 2009, p. 88. Emblematiche le parole espresse con riferimento al caso *Beatty v. Guggenheim Exploration Co.*, 122 N. E. 378 (N. Y. 1919) dal giudice Cardozo citate da BLUM, *Contracts: examples & explanations*, New York, 2007, p. 371: «Those who make a contract can unmake it. What is excluded by one act is restored by another. Whenever two men contract, no limitation self imposed can destroy their power to contract again». Per una panoramica generale sulla dottrina statunitense cfr. BRINKLEY, *Regulation of contractual change: a guide to no oral modification clauses for North Carolina lawyers*, in *N. Cal. L. Rev.*, 2002-2003, p. 2239; WELLMAN, *The unfortunate quest for magic in contract drafting*, in *Wayne L. rev.*, 2006, p. 1101.

In giurisprudenza, il linguaggio usato dalle corti fa propendere per la *non enforceability* delle clausole *nom*. Sul punto cfr. *Coonrod Walz Const Co v. Motel Enterprises*, 217 Kan 63, 73, 535 P.2d 971 (1975); *Cambridge-port savings Bank v. Boersner*, 413 Mass 432, 439, 597 N.E. 2d, 1017 (1992); *Foster Wheelere Envirespouse v. Franklin County Convention Facilities Authority*, 678 N.E. 2d 529 (1997); *Ex parte Coleman*, 861 So.2d 1080 (2003), citati in WAGNER VON PAPP, *European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They Are Written On?*, cit., p. 563.

⁴²⁰ Vedi *World Online Telecom Limited v. I- Way Limited* (2002) EWCA Civ. 413 para 10, citato in WESTLY, *No oral amendment clauses*, disponibile sul sito http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/westly_abstract.pdf

Una conferma in tal senso si evince dal diritto uniforme che, valutando in maniera più stringente le *nom-clauses*, rende scarsamente praticabile la sovrapposibilità tra le due categorie concettuali.

Pertanto, ai fini del presente contributo, un rapido *excursus* delle principali fonti del diritto uniforme appare proficuo in vista di una miglior comprensione delle clausole in esame.

L'art. 2-209, 2° co. della Convenzione delle Nazioni Unite sulla vendita internazionale dei beni mobili⁴²¹ accorda prevalenza alla clausola *nom* rispetto all'accordo informale successivamente intervenuto, purché la prima sia stata oggetto di un'apposita sottoscrizione.

Il successivo 4° co. ammette la deroga alla *nom clause* in attuazione del principio della tutela dell'affidamento⁴²², generando un contrasto interno alla disposizione⁴²³.

Il richiamo alla *rule of reliance*, del resto, era già presente nell'art. 29 CISG (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*)⁴²⁴ che ammette l'utilizzo di tali clausole nei contratti di vendita internazionali.

Tuttavia, mentre il 1° co. impone lo scritto per intervenire in senso modificativo sul contenuto del regolamento negoziale, il comma successivo esclude che la clausola *nom*

⁴²¹ Per una panoramica generale sulla section 2-209 UCC cfr. *Digest of case law on the U.N. Convention of Internationals Sale of Goods*, U.N., 2008; CORDERO MOSS, *Boilerplateclauses, international commercial contracts and the applicable law*, Cambridge, 2011, p. 193; EMANUEL, *Contracts*, New York, 2006, p. 131; RUSCH, *A history and perspective of revised article 2: the never ending saga of a search for balance*, in *Smu. L. Rev.*, 1999, p. 1683; HILLMAN, *A study of Uniform Commercial Code methodology: contract modification under article two*, in *N. Cal. L. Rev.*, 1981, p. 335; ID., *Policing contract modification under the U.C.C.: good faith and the doctrine of economic duress*, in *Iowa L. Rev.*, 1979, p. 849; NEWELL, *Cleaning up U.C.C. Section 2-209*, in *Idaho L. Rev.*, 1990, p. 487; HONNOLD, *The New Uniform Law for International Sales and the UCC: A Comparison*, in *Int'l Law*, 1984, p. 21.

⁴²² Il 4° co., tuttavia, non chiarisce i presupposti in presenza dei quali una modifica aformale può agire in senso derogatorio rispetto alla *nom-clause* inserita nel contratto. Questa circostanza ha fornito ai detrattori della U.C.C un ulteriore argomento per sottolineare le imprecisioni e gli errori commessi dal legislatore.

⁴²³ Tale contrasto ha indotto la dottrina che si è occupata della questione ha parlare di schizofrenia legislativa. Poiché la sezione 2-209 dell'U.C.C. crea confusione e incertezza nei rapporti tra i contraenti, è stata definita una calamità. In senso critico rispetto alla sezione 2-209 cfr. HILLMAN, *How to create a commercial calamity*, disponibile su http://scholarship.law.edu/lrsp_papers/35; SNYDER, *The law of contract and the concept of change: public and private attempts to regulate modification, waiver, and estoppel*, in *Wis. L. Rev.*, 1999, p. 607; ROSET, *Critical reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Ohio St. L. J.*, 1984, p. 265. Per tali motivi, ed in considerazione del fatto che la sezione 2-209 trascura le numerose difficoltà connesse all'utilizzo delle nuove tecnologie nella prassi commerciale, si auspica una sua revisione. Sul punto cfr. HILLMAN, *Standards for revising article 2 of the U.C.C.: the Nom clause model*, in *Wm & Mary L. Rev.*, 1994, p. 1525. Secondo l'Autore «technological advances also signal the need for a hard look at the Nom clause. If computer generated sales transactions are the wave of the future, Nom clause may become obsolete».

⁴²⁴ Sull'importanza di CISG e CLOUT (Case Law on UNICITRAL Texts) cfr. DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, *Modification and termination of the contract (art. 29 CISG)*, in *J. L. Com.*, 2005, p. 167.

abbia effetto se una parte ha agito in contrasto con la stessa e la controparte abbia fatto affidamento su questa condotta derogatoria⁴²⁵.

Il criterio guida per dare attuazione alla disposizione in esame allude al generale principio del *venire contra factum proprium*⁴²⁶, richiamato dagli artt. 8, 16, c. 2, 80 della CISG⁴²⁷.

Alle medesime conclusioni si perviene analizzando l'art. 2.1.18, 2° co., Unidroit che, se prima esclude che una modifica orale possa essere considerata una rinuncia implicita alla clausola *nom*, finisce poi per tutelare l'affidamento riposto dalla controparte nel contegno aformale successivo all'inserimento della clausola nel contratto⁴²⁸.

Infine, i Principi di diritto europeo dei contratti consentono al contraente di scegliere una forma diversa per modificare o estinguere un accordo scritto, anche in presenza di una *nom-clause*⁴²⁹.

In definitiva, dimostrando che le parti si sono accordate nel senso di modificare o estinguere il contratto anche senza avvalersi della forma scritta, se un contraente ha fatto legittimo affidamento sulla modifica aformale, la controparte non può invocare la clausola *nom*, ridotta ad una mera clausola di procedura⁴³⁰.

L'analisi dei sistemi di *civil law* mostra come, eccezion fatta per la Germania, non esistono disposizioni che contemplano espressamente le clausole *nom*⁴³¹.

⁴²⁵ L'art. 29 (2) della CISG si riferisce sia alle modifiche genericamente intese, sia alla possibilità per le parti di introdurre altre formalità (es: firma alla presenza di testimoni). Per un approfondimento sul punto cfr. www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-29.html; SCHLECHTRIEM e SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010; HILLMAN, *Article 29 (2) of the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods: a new effort at clarifying the legal effect of "No oral modification" clause*, in *Cornell Int'l L. J.*, 1988, p. 449.

⁴²⁶ Nello stesso senso cfr. Cass. 13.1.1993, n. 343. in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 808.

⁴²⁷ Sul punto cfr. EISELEN, *Remarks on the manner in which the Principles of European Contract Law may be used to interpret or supplement article 29 of the CISG*, disponibile su <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp29.html>

⁴²⁸ Ai sensi dell'art. 2.18 UNIDROIT: «a contract in writing contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has acted in reliance on that conduct».

⁴²⁹ La *nom-clause*, dunque, contiene una mera presunzione secondo la quale i successivi accordi orali o informali non sono vincolanti. Tale presunzione, tuttavia, è destinata ad essere superata dimostrando l'intervenuta modifica aformale. Per un approfondimento sul punto nella prospettiva dei Pecl cfr. LANDO e BEALE, *Principles of European Contract Law*, cit., p. 155. FONTAINE, *La redazione dei contratti internazionali a partire dall'analisi delle clausole*, Milano, 2008, p. 188; HARTKAMP, *Formation of contracts according to the principles of European Contract Law*, in *Papers dedicated to Ole Lando*, Copenhagen, 1997, p. 180.

⁴³⁰ Sul punto cfr. ICC Court of Arbitration- Zurich Arbitral awards, 9117 (Mar. 1998) disponibile sul sito <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=399&step=fulltext>

⁴³¹ Il § 9 della legge tedesca sulle condizioni generali di contratto limita l'uso delle *no oral modification clauses*.

In realtà, gli ordinamenti continentali non trascurano le problematiche in esame, rispetto alle quali non si può dire che il giurista di *common law* non abbia un buon grado di familiarità; semplicemente le due culture giuridiche adoperano definizioni e criteri di classificazione diversi per affrontare lo studio di istituti sostanzialmente analoghi.

Pertanto, il vuoto normativo in tema di clausole *nom* non è sintomatico di una scarsa considerazione della tematica ad opera della dottrina continentale; più realisticamente, il dibattito sulle clausole *nom* viene ricondotto in *civil law* alla questione della revoca tacita dei patti sulla forma, uno degli aspetti più controversi del formalismo convenzionale⁴³².

Una sua trattazione esaustiva non sarebbe compatibile con i ristretti limiti consentiti da questa esposizione; tuttavia giova sottolineare il rilievo pratico della tematica, che conferma un dato incontrovertibile: l'assenza di una precisa concordanza terminologica all'interno dei diversi ordinamenti deve fungere da stimolo per superare le divergenze "di superficie" e cogliere, in profondità, le affinità tra i due sistemi giuridici.

E' auspicabile, dunque, un approccio orientato all'analisi contenutistica, che non trasformi le diversità legate al *nomen iuris* in un ostacolo all'uniformazione giuridica e alla individuazione di punti di contatto tra culture giuridiche diverse.

Nel caso delle *nom-clauses*, i profili di contatto tra accordi sulla forma e sull'oggetto del contratto sono stati del tutto ignorati dai giuristi di *common law* che si sono limitati a definire queste clausole una *species* del genere *merger clause*, riducendo l'annosa questione della loro interpretazione ad un problema di pura forma.

L'interprete di *civil law*, pur non negando che la sistemazione delle problematiche in esame trovi risposte appaganti nello studio dei profili formali degli atti giuridici, a giusta ragione non sottovaluta le conseguenze dell'irrigidimento formale sul piano dei contenuti. Tuttavia, influenzato da un *background* culturale che contrappone nettamente oggetto e forma del contratto e trascurando gli aspetti che caratterizzano la prassi contrattuale, rischia di giungere ad una comprensione limitata dei fenomeni in esame, che non dà conto delle effettive funzioni alle quali una clausola si presta.

Per tali ragioni, il confronto tra giuristi di *civil* e *common law* non può che essere fruttuoso poiché costituisce un'occasione per rileggere la disciplina contrattuale

⁴³²Ammettendo che le parti possano adoperare un *vestmentum* diverso da quello previsto dall'accordo sulla forma, l'elezione del requisito formale si riduce ad un mero capriccio dei contraenti. Sulla natura problematica della revoca tacita degli accordi sulla forma cfr. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, in *Ristampe della scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di PERLINGIERI, Camerino, 1980, p. 58; ID, *Revoca* (dir. priv.), in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 180, ora in *Scritti minori*, 1980, p. 198.

tradizionale, alla ricerca di soluzioni ampiamente condivise in entrambi gli ordinamenti giuridici.

3. Gli ordinamenti di *Civil Law*

3.1 Le clausole di completezza tra forma e oggetto del contratto

Come è emerso dal confronto tra ordinamento britannico e americano, anche l'area di *civil law* è caratterizzata da profonde differenze in relazione all'atteggiamento più o meno favorevole mostrato nei confronti delle clausole di completezza.

Negli Stati in cui prevalgono le teorie oggettive dell'interpretazione (Germania, Paesi Bassi), l'approccio alle *entire agreement clauses* risulta profondamente influenzato dal ruolo prioritario attribuito ai principi di buona fede e di uguaglianza delle parti rispetto a quello dell'autonomia contrattuale.

Ne deriva la possibilità per l'organo giudicante di riesaminare le *eac* onde verificarne la compatibilità con il principio di buona fede ed escludere che il loro utilizzo si traduca in un abuso del diritto.

Pertanto, è vietato l'inserimento nel contratto di clausole che si risolvono in una ingiustificata limitazione dell'*evidence*⁴³³.

Al contrario, gli ordinamenti che privilegiano un approccio soggettivo alle questioni ermeneutiche tendono ad essere meno sospettosi nei confronti delle *merger clauses*, reputate valide sempre entro i limiti dell'abuso del diritto⁴³⁴.

Emblematico il caso della Francia, Paese in cui la dottrina ha manifestato un tendenziale *favor* nei confronti delle *clauses d'intégralité*, considerate una specie di clausole di forma scritta⁴³⁵.

L'ontologica diversità tra *clauses d'intégralité* e il loro corrispondente anglosassone, le *merger clauses*, rende impossibile un confronto anglo-francese in termini omologativi⁴³⁶ e dimostra come i motivi di simpatia o diffidenza verso tali termini contrattuali sono strettamente legati al contesto giuridico e sociale di riferimento.

⁴³³ A tal proposito pare utile il rinvio ai § 309 no. 12 e 307 no. 1 BGB che debbono essere letti congiuntamente al No. 1q Annex 1 della Dir. 93/13/CE. Per un approfondimento sul punto cfr. FAVALE, *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto. Rapporto sul diritto italiano*, cit., p. 272. Vi è chi ritiene, tuttavia, che le *merger clauses* siano estranee ad ogni valutazione relativa al profilo probatorio ma contengono una presunzione di completezza e correttezza del documento contrattuale. Sul punto cfr. HROMADKA, *Schriftformklauseln und AGB Recht*, cit., p. 173.

⁴³⁴ Ai fini della validità della clausola di completezza nel panorama francese, si rinvia all'art. 1134 del codice civile francese.

⁴³⁵ Sul punto cfr. ZAKI, *L'«intertextualité» dans le formalisme impose par les conditions générales des contrats*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di ADDIS, Milano, 2008, p. 107.

⁴³⁶ Per un approfondimento sul punto, sia consentito il rinvio a GARATTI, *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, cit., p. 632.

Il nostro ordinamento non prende in considerazione le clausole di completezza: il tema continua ad essere circondato da un diffuso scetticismo, alimentato dall'assenza di un adeguato referente normativo.

Si sono già ampiamente illustrate le ragioni del disinteresse mostrato nei confronti dei patti sulla forma e, in particolare, del formalismo convenzionale calato all'interno della contrattazione standardizzata.

Non può stupire, dunque, la mancanza di un'indagine puntuale incentrata sulle *merger clauses*: un approfondimento di questo tipo, infatti, presuppone uno studio, al quale si sono dedicati in pochi, sul significato delle prescrizioni di forma e sulla loro potenziale vessatorietà.

La natura composita del dibattito sugli accordi sulla forma e sulle *merger clauses* e l'assenza di una chiara presa di posizione legislativa in materia indubbiamente non incentivano l'interprete ad interessarsi ad una tematica così complessa, alla quale fa da sfondo una riflessione sui limiti dell'autonomia contrattuale e sulla misura della discrezionalità che il regolamento negoziale riconosce al contraente forte.

Tuttavia, l'accrescere delle difficoltà che si frappongono ad una sintesi unitaria e il timore di vedere compromesse le ragioni della bilateralità in materia contrattuale avrebbero dovuto sollecitare un impegno di analisi ancora più accentuato, nella consapevolezza che l'autonomia negoziale si declina nella libertà di contrarre ma anche nella libertà dal contrarre e, pertanto, l'interprete è chiamato ad interrogarsi sul delicato rapporto tra autonomia positiva e negativa⁴³⁷.

A fronte di queste brevi considerazioni, si rende opportuna un'indagine volta a far luce sulla natura giuridica e sulle finalità che le clausole di completezza consentono di realizzare⁴³⁸.

Come per le clausole di forma, anche per le *eac* si ripropone la dicotomia tra accordi di natura sostanziale e accordi di tipo processual – probatorio.

Nel primo caso la clausola di completezza integra gli estremi di una rinuncia anticipata espressa di una parte a far valere un proprio diritto; nella seconda ipotesi, invece, si è in presenza di un patto che determina un'inversione dell'onere probatorio o comunque

⁴³⁷ Sulla libertà dal contrarre cfr. SMITH, *Future freedom and freedom of contract*, cit., p. 35; BRIDGEMAN, *Liberalism and freedom from the promise theory of contract*, cit., p. 690.

⁴³⁸ «La portée de la clause d'intégralité et avec elle le «cloisonnement» du contract varient considérablement selon les termes choisis par les parties pour la rédaction de la clause»: così MORTON, *Clause "d'intégralité" en droit anglais et en droit français*, disponibile sul sito http://larevue.ssd.com/Clause-d-integralite-en-droit-anglais-et-en-droit-francais_a1478.html

esclude la possibilità di dimostrare l'esistenza di modifiche al contratto attuate tramite una dichiarazione orale o un comportamento concludente.

Il dibattito lungi dall'essere dotato di un rilievo meramente classificatorio: esso, al contrario, agevola la comprensione dei molteplici scopi perseguiti dai contraenti posto che, come si è già rilevato, le *eac* interferiscono inevitabilmente con il problema della prova.

Il loro obiettivo non è quello di escludere la rilevanza della comune intenzione, ma attestare che, ai fini della sua ricostruzione, non si devono considerare i documenti precontrattuali non confluiti poi all'interno del regolamento negoziale⁴³⁹.

Pertanto, esse operano un chiarimento generalizzato sul superamento degli eventuali affidamenti nutriti nei confronti delle dichiarazioni anteriori al perfezionamento del contratto.

La prassi contrattuale interna al nostro ordinamento mostra come i contraenti si avvalgono delle *merger clauses* essenzialmente per le medesime ragioni alla base della loro utilizzo in *common law*.

Nel cristallizzare il regolamento negoziale nello scritto, assolvono ad una duplice funzione: sostanziale, nella misura in cui tutelano l'integrità del contratto; processuale, poiché riducono drasticamente il contenzioso in sede giudiziaria e forniscono precise indicazioni all'organo giudicante chiamato a pronunciarsi su una lite insorta tra le parti.

Tali clausole, inibendo la ricerca di documentazione ulteriore relativa alla fase precontrattuale o all'esistenza di eventuali *collateral agreements*, soddisfano esigenze di economicità, celerità e certezza del diritto e, dunque, non costituiscono un limite ma un atto di esercizio dell'autonomia privata.

Poiché le *eac* confinano l'accordo delle parti nei quattro angoli del documento contrattuale⁴⁴⁰, si ritiene tradizionalmente che non riguardino la forma del contratto –

⁴³⁹ Interessante, a tal proposito, il richiamo alla disputa tra chi ritiene che le parti non possono predeterminare un linguaggio per escludere l'esame delle loro comune intenzione in sede interpretativa e quanti, al contrario, sostengono la validità delle clausole che impediscono il riferimento all'intenzione soggettiva sul presupposto che, in queste ipotesi, l'intenzione corrisponde evidentemente al tenore letterale del documento contrattuale. Per un approfondimento sul punto cfr. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Milano, 1941, p. 240, nota 5. Per l'opposto orientamento cfr. GRASSETTI, *Intorno al principio di gerarchia delle norme di interpretazione*, in *Foro it.*, 1941, I, p. 512; OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Padova, 1943, p. 88, nota 1, richiamati da DE NOVA, *The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 9.

⁴⁴⁰ Sul punto cfr. DE NOVA, *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 27.

intesa quale manifestazione della volontà privata – bensì la determinazione dell'oggetto, e cioè il contenuto di questa volontà.

Questa ricostruzione impone una serie di precisazioni preliminari al fine di inquadrare le problematiche giuridiche che fanno da sfondo alla tematica in esame.

Un corretto svolgimento della questione trova un momento decisivo nella disamina delle nozioni di forma ed oggetto del contratto negli ordinamenti di *civil law*.

Nell'impianto concettuale del negozio giuridico di derivazione pandettistica, i rapporti tra i profili formali e sostanziali si pongono nei termini di una rigorosa alterità⁴⁴¹.

In assenza di un sicuro referente normativo, l'oggetto del contratto è stato al centro di un dibattito carico di suggestioni che, grazie all'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza, ha condotto all'individuazione di una pluralità di significati del requisito di cui si discorre⁴⁴².

Non è questa la sede per affrontare compiutamente lo studio dell'oggetto, tema che richiederebbe ben altre applicazioni; in una sintetica prospettiva di esame, è sufficiente constatare che la dottrina maggioritaria perviene alla sostanziale identificazione dell'oggetto con il contenuto del contratto⁴⁴³.

⁴⁴¹ Sul punto cfr. RANIERI, *Alle origini del diritto civile europeo. Alcune osservazioni sui rapporti tra pandettistica tedesca e civilistica italiana in tema di negozio giuridico*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 805, SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 535.

⁴⁴² Il legislatore codicistico non ha precisato in cosa consiste esattamente l'oggetto. Questo spiega i contrasti dottrinali emersi sul punto nonché l'erronea sovrapposizione tra oggetto del contratto, dell'obbligazione e della prestazione. Lo studio dell'oggetto del contratto, dunque, è stato caratterizzato dai tentativi di razionalizzare tale nozione in termini definitivi uniformi. A tal proposito, sono stati acutamente segnalati i rischi connessi a tale operazione posto che «l'interprete è libero di elaborare una nozione senza alcun argine legislativo»: così ALPA e MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 34. Per un approfondimento sul punto cfr. anche GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 2001, p. 5; CANNATA, *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 827; FERRI, *Capacità e oggetto del negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*; in *Quadr.*, 1989, p. 11; DE NOVA, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in *I contratti di informativa*, diretto da ALPA e ZENO ZENCOVICH, Milano, 1987; GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 145; N. SCURO e U. SCURO, *Il contratto a formazione progressiva*, Milano, 2009, p. 87, SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Milano, 2010, p. 56. Per un esame in chiave storiografica dell'oggetto del contratto, cfr. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 92. L'Autore riconosce a Pothier il merito di aver elaborato una categoria dogmatica autonoma di oggetto del contratto. Sul punto si vedano anche GABRIELLI, *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, cit., p. 328; FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in *AA.VV., Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003, p. 233; PIOLA, *Osservazioni in tema di oggetto del contratto*, in *Riv. not.*, 1976, p. 902.

⁴⁴³ Favorevoli ad una nozione ampia di oggetto del contratto, *ex multis*, IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 799; SACCO, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 5; ROPPO, *Contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 111; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 365; BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 320.

Contrari, invece, MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 135; GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002, p. 103; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*; cit., p. 34; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 175: «dalla contaminazione della nozione di oggetto con quella di contenuto è derivata una confusione tra l'oggetto e la causa del negozio con la conseguente negazione che la causa sia un elemento

La nozione di oggetto si avvicina a quella di regolamento e si contrappone alla forma, e cioè al requisito che consente di attribuire una veste giuridicamente vincolante alla volontà espressa all'interno del regolamento stesso⁴⁴⁴.

Se si accoglie quest'ampia accezione di oggetto, si comprende il motivo per il quale le *merger clauses* attengono alla sua determinazione: le clausole relative all'oggetto, infatti, precisano i termini dell'obbligazione assunta dal debitore e, in tal modo, ne delimitano qualitativamente e quantitativamente la relativa prestazione.

Da questo punto di vista, le clausole di completezza rientrano nel novero delle clausole sull'oggetto⁴⁴⁵: esse specificano, infatti, che il contratto rappresenta compiutamente il "voluto" dalle parti e confinano all'interno del solo documento contrattuale la ricerca di ciò che i contraenti hanno stabilito, escludendo che il ricorso ad elementi extratestuali possa servire per integrare le obbligazioni assunte da ciascun contraente.

Si è già avuto modo di constatare che la questione costituisce un indiscusso punto di rottura tra diritto continentale ed angloamericano, nel quale la mancanza di una teoria generale dell'oggetto rende inconsistente il dibattito sulla riconducibilità delle *merger clauses* nel novero degli accordi sulla forma piuttosto che delle clausole sull'oggetto⁴⁴⁶.

Le esperienze legislative più recenti, in particolare le forme-contenuto di derivazione comunitaria poste a tutela del consumatore, hanno imposto una rivisitazione dei rapporti

a sé stante». Alcuni Autori ritengono che oggetto e contenuto possono essere sovrapposti solo parzialmente poiché il primo si identifica con una parte del contenuto del contratto. In questo senso cfr. ALPA, *Oggetto e contenuto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, III, 1999, p. 628; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, p. 151. Parte della dottrina, infine, ha dato identificato l'oggetto con il risultato della vicenda negoziale. Sul punto cfr. OPPO, *Note sull'istituzione dei non concepti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 88; SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, 17, n. 24.

⁴⁴⁴ «Dalla definizione dell'oggetto dell'accordo, come oggetto che le parti hanno dichiarato di volere, si giunge così ad identificare l'oggetto col contenuto»: così GABRIELLI, *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, cit., p. 328. In questo senso, dunque, si può sostenere che prima i contraenti decidono cosa vogliono (contenuto come «ciò che le parti hanno voluto, ciò che il contratto deve prevedere, e ciò che il giudice può ritenere di integrare, modificare, completare»: così ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, Palermo, 1997, p. 624) e poi ricorrono alla forma per esprimere tale volontà. Avvicinando l'oggetto al contenuto, si assiste alla sovrapposizione tra il regolamento negoziale e gli effetti che da essi discendono. Sul punto cfr. VISINTINI, *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare*, in *Commentario al codice civile., artt. 1372-1405*, diretto da SCIALOJA, BRANCA e GALGANO, Bologna-Roma, 1993, p. 93. Autorevole dottrina auspica il mantenimento della distinzione tra contenuto ed effetti del contratto ritenendo che, mentre il contenuto appartiene al "mondo del fatto", gli effetti possono essere ricondotti all'interno della realtà giuridica. Questo significa che «l'effetto del contratto può divergere, in modo più o meno ampio, da ciò che, sul piano del fatto, corrisponde all'accordo delle parti»: così SACCO, *Il contenuto (l'autonomia)*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, II, 2008, p. 374.

⁴⁴⁵ Per una chiara disamina delle clausole determinative dell'oggetto cfr. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, jus variandi*, cit., p. 346.

⁴⁴⁶ Si rinvia, a tal proposito, al paragrafo 2. 2 del presente capitolo in cui si è affrontata diffusamente la questione dei rapporti tra forma ed oggetto in *common law*.

tra forma e oggetto, che si sono via via delineati nel senso di una compenetrazione sempre più profonda⁴⁴⁷.

Posto che la forma è divenuta essa stessa contenuto⁴⁴⁸, la dottrina italiana ha percepito la totale inadeguatezza dell'impostazione tradizionale e l'impossibilità di concepire in termini rigorosamente contrapposti la relazione tra i due requisiti⁴⁴⁹.

La normativa comunitaria induce a riflettere in termini dubitativi circa la perdurante validità di simili contrapposizioni.

In materia consumeristica, ad esempio, non pare possibile tracciare una precisa linea di confine tra ciò che attiene ai profili formali e ciò che, invece, deve essere ricondotto entro la struttura del negozio giuridico: in un panorama normativo così articolato le categorie tradizionali non consentono di inquadrare adeguatamente le numerose modalità nelle quali si presentano i requisiti formali.

Il tema in esame, pertanto, si schiude a nuovi orizzonti interpretativi, a fronte dell'inevitabile interferenza tra i due elementi essenziali del contratto.

Se forma e contenuto degli atti giuridici danno luogo a frequenti sovrapposizioni, è opportuno dubitare della qualificazione delle *merger clauses* nei termini di clausole relative all'oggetto.

Il diffondersi delle forme – contenuto suggerisce una meditazione critica sul significato e sull'effettiva funzione delle clausole di completezza per verificare se, ed eventualmente a quali condizioni, possono essere considerate clausole di forma o comunque equiparate agli accordi sulla forma quanto ai controlli ai quali vengono sottoposte.

La questione manifesta la sua centralità proprio in relazione ai contratti del consumatore, posto che l'art. 34, 2° co., c. cons. esclude che la valutazione di vessatorietà possa attenere alla «determinazione dell'oggetto del contratto, né

⁴⁴⁷ Le norme di derivazione comunitaria, infatti, hanno imposto ai professionisti rigidi vincoli relativi alla determinazione dell'oggetto del contratto. Si pensi agli obblighi informativi e alle descrizioni dettagliate del prodotto o del servizio offerto al consumatore: in questi casi si assiste alla funzionalizzazione della forma rispetto al contenuto, poiché l'irrigidimento degli obblighi di forma incide sulla determinazione dell'oggetto del contratto, il che impone un inevitabile ripensamento dei loro rapporti. Ecco perché si è parlato di «paradigma di informazione quale prescrizione di forma e contenuto minimo dell'offerta nel procedimento di formazione dell'accordo»: così MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., p. 180; GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 16.

⁴⁴⁸ Si rimanda sul punto alle considerazioni effettuate nel primo capitolo del presente lavoro.

⁴⁴⁹ Sul punto cfr. GARATTI, *Forma del termine per la stipula del contratto definitivo*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, p. 18.

all'adeguatezza del corrispettivo dei beni o dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile».

Discorrendo dei profili discretivi tra clausole di limitazione e di esonero della responsabilità e clausole determinative dell'oggetto, è emerso come la necessità di apprestare meccanismi protettivi sussiste in relazione ad entrambe, ogniqualvolta una di esse si presti ad abusi dell'autonomia negoziale.

Se si vuole garantire l'equilibrio tra le posizioni giuridiche soggettive dei contraenti, anche le clausole relative all'oggetto non devono essere immuni dall'esigenza di controllo alla base della disciplina consumeristica⁴⁵⁰.

Pertanto, quando la determinazione in senso restrittivo dell'oggetto del contratto integra una limitazione della sfera giuridica altrui, è possibile sindacarne il contenuto in considerazione della disparità che genera tra i contraenti, al fine di impedire che una simile pattuizione si trasformi in uno "strumento di forza" che pregiudica la parte più debole.

Il giudizio sul programma contrattuale non deve essere precluso in nome del rispetto, per non dire l'idolatria, verso le categorie tradizionali: il processo di revisione delle opinioni dottrinali consolidate nel tempo deve prendere le mosse proprio dall'analisi del contenuto del contratto.

In quest'ottica, l'osservazione del dato fattuale rappresenta un passaggio emblematico dell'itinerario conoscitivo intrapreso: nel rinviare alle pagine successive l'esame delle ipotesi emerse in concreto nella prassi, vale la pena evidenziare come l'incessante alternarsi tra i momenti descrittivi ed applicativi rappresenta una costante del dibattito in materia, a conferma dello spessore scientifico e del rilievo pratico dell'oggetto di indagine.

Effettuate queste doverose considerazioni preliminari sui requisiti del contratto nel diritto continentale, è ora possibile dar conto delle specificità che connotano la categoria dei contratti del consumatore, un importante terreno di verifica nello studio delle clausole contrattuali predisposte unilateralmente dal professionista.

3.2 Le clausole di completezza e le clausole di forma nel diritto dei consumatori

⁴⁵⁰ Sia consentito il rimando al precedente capitolo, in particolare alla questione del controllo sul *quantum* della restrizione dell'oggetto e della verifica della sua potenziale abusività nei casi in cui la predeterminazione del contenuto del contratto si concretizza in una deroga sistematica al tipo negoziale.

E' già stato ampiamente illustrato come il diritto angloamericano non si occupa del binomio clausole di forma-clausole di completezza, ma esprime sul punto un'attitudine all'omologazione figlia di una teoria generale del contratto che non contempla espressamente la distinzione tra i requisiti di forma e di sostanza.

Al contrario, nelle esperienze giuridiche continentali prevale la tendenza alla classificazione: l'ossequio verso i dogmi della tradizione induce gli interpreti a trascurare le affinità funzionali esistenti tra alcuni istituti e ad elaborare ricostruzioni monolitiche che mal si conciliano con la natura proteiforme dell'oggetto di indagine.

E' illusorio pensare di attuare all'interno del nostro ordinamento una *reductio ad unum* della tematica di cui si discorre; tuttavia si ritiene che il giurista di *civil law* possa trarre dal diritto angloamericano interessanti spunti di riflessione in vista del superamento di queste rigide contrapposizioni.

L'ipotesi ricostruttiva che il presente lavoro di ricerca intende verificare non mira ad appiattare le differenze tra clausole di forma e di completezza e nemmeno escludere *tout court* la riconducibilità di queste ultime nel novero delle clausole relative all'oggetto del contratto.

Più realisticamente, si suggerisce l'estensione alle *merger clauses* delle conclusioni raggiunte in merito agli accordi sulla forma quando, seppur attraverso modalità diverse, consentono di realizzare le medesime finalità.

Un simile approccio presuppone un confronto tra le due clausole, onde evidenziarne similitudini e difformità.

Le *merger clauses*, malgrado il loro carattere generale che preclude categoricamente il rinvio agli accordi in contrasto con il contratto, si differenziano dalle clausole di forma poiché la presunzione di completezza si applica sia alle modifiche orali che a quelle scritte.

Esse escludono il rinvio a qualsiasi accordo non riprodotto all'interno del documento negoziale: ad esito di una superficiale comparazione, pertanto, emerge una differenza contenutistica tra le due clausole, fondata sulla natura della modifica che la clausola intende inibire.

Tuttavia, una valutazione di questo tipo sembra essere il frutto di uno sterile omaggio alla tradizione e a categorie concettuali che forse non rappresentano la giusta lente di osservazione dei fenomeni in esame perché trascurano i profondi mutamenti del dato normativo e l'evolversi della prassi giurisprudenziale in materia.

Questo non significa negare i tratti di differenziazione tra clausole di forma e di completezza ma, più realisticamente, ammettere l'esistenza di alcune innegabili affinità. L'attitudine alla polivalenza costituisce un primo profilo comune ad entrambe le tipologie: con specifico riferimento alle clausole di completezza, tale polivalenza si concretizza nella contrapposizione tra le clausole semplici, con le quali le parti si limitano a dichiarare che il contratto costituisce l'intero accordo, e le clausole di *acknowledgement of non reliance*, adoperate per escludere che via siano altri *statements* sui quali le parti hanno voluto fare affidamento⁴⁵¹.

Il significato di una *merger clause*, come emerso in relazione agli accordi sulla forma, diviene una questione di interpretazione dal momento che è raro che le parti ne esplicitino la funzione⁴⁵².

A mio avviso non è possibile ritenere che l'invalidità sia un aspetto connaturato a tali clausole: si è già sottolineato come il giudizio sulla validità di una clausola di completezza nel nostro ordinamento postula la previa valutazione della funzione che le è stata assegnata in concreto dalle parti.

E' altresì inconfutabile che le *merger clauses*, selezionando i fatti probatori sui quali l'autorità giudiziaria può fondare il suo convincimento, sollevano dubbi in merito ad un possibile contrasto con le norme imperative, in particolare con l'art. 1362 c. c. e il canone della buona fede.

⁴⁵¹ Per un approfondimento sul punto cfr. BJØRNSTAD, *Entire agreement clauses*, cit., p. 1.

⁴⁵² «The purpose of an entire agreement clause is to preclude a party to a written agreement from threshing through the undergrowth and finding in the course of negotiations some (chance) remark or statement (often long forgotten or difficult to recall or explain) on which to found a claim such as the present to the existence of a collateral warranty. The operation of the clause is not to render evidence of the collateral warranty inadmissible in evidence»: così LIGHTMAN, *Entire agreement clauses*, in *Lloyd's Rep.*, 2000, p. 611. Anche la dottrina analizza le molteplici funzioni alle quali assolvono le *eac*. «An entire agreement clause may seek to record the agreement of the parties that all the express terms are stated in a document, preclude a term that might otherwise be implied, inhibit a party from claiming that it was induced to enter the contract by some inaccurate representation of the other party, indicate that the parties wish to deter courts from resort to "factual context" when interpreting the contract, and nullify the effect of any previous agreement or collateral contracts between the parties»: così FAIRBAIRN, *Entire agreement clauses*, in *Mondaq Business Briefing*, disponibile sul sito http://www.claytonutz.com/publications/newsletters/litigation_and_dispute_resolution_insights/20090709/entire_agreement_clauses-what_do_they_seek_to_do_do_they_work.page. Infine, la polivalenza funzionale delle clausole di completezza trova riscontro anche nei commenti alla Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, dove si legge che gli scopi delle *merger clauses* consistono nel «bar the extrinsic evidence that would otherwise supplement or contradict the writing and to prevent recourse to extrinsic evidence for the purpose of contract interpretation»: così *CISG AC Opinion no. 3, section 4.1*, disponibile sul sito <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op3.html>. Tuttavia, pur non negando le numerose funzioni delle *eac*, nell'alternativa tra il valore conclusivo o meramente persuasivo, si tende a ricollegare a tali clausole solo effetti di tipo persuasivo.

E' bene, dunque, non sottovalutare il dato della loro potenziale invalidità: appurata questa circostanza, l'autorità giudiziaria potrà attingere ulteriori informazioni da elementi che non risultano dalla sola lettura del regolamento contrattuale.

La questione si complica nel caso di una clausola inserita in un contratto *business to consumer*, ambito nel quale emerge un'ulteriore similitudine tra le due clausole: ove manca un'effettiva negoziazione individuale di una clausola, l'individuazione delle ragioni alla base del suo inserimento risulta senza dubbio maggiormente problematica.

Queste difficoltà non devono indurre ad abbandonare la ricerca del significato e della funzione che le parti, più frequentemente una di loro, hanno attribuito alla clausola, sia essa di forma o di completezza.

Al contrario, per carpire il senso pratico di una prescrizione sulla forma e, dunque, chiarire se si tratti di un accordo sulla forma *stricto sensu* o di una clausola di completezza, l'interprete è tenuto ad individuare nella realtà fattuale le esigenze che ne giustificano l'inserimento nel contratto.

Ancora una volta l'analisi casistica può essere di grande aiuto.

A tal fine, nel prosieguo della trattazione si esamineranno due ipotesi applicative che, a mio parere, illustrano efficacemente i pregi di un approccio circostanziato, capace di offrire inedite chiavi di lettura dei rapporti tra clausole di forma e di completezza.

Mi riferisco alle clausole con le quali il professionista si sottrae agli impegni negoziali assunti nel suo interesse da un collaboratore e alle prescrizioni che vincolano il consumatore a recedere dal contratto avvalendosi di modalità formali predeterminate dal predisponente.

3.2.1 Le clausole che limitano la responsabilità del professionista per gli obblighi assunti dal mandatario

Tra i motivi del *favor* manifestato inizialmente dalle corti angloamericane nei confronti delle *merger clauses*, si è fatto cenno alla possibilità di limitare i poteri del rappresentante impedendogli di introdurre nel contratto modifiche non precedentemente autorizzate dal rappresentato.

Il predisponente è legittimato a conformare la sua condotta a quanto risulta dal documento contrattuale; in tal modo, determinando in senso restrittivo la sua prestazione, può contare su un impegno negoziale meno gravoso rispetto a quello assunto dal consumatore.

Le *merger clauses*, dunque, possono essere adoperate dal professionista per vincolare il suo collaboratore, impegnato nella stipula di contratti per suo conto.

Questa osservazione impone obbligatoriamente il rinvio alla prima parte dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons che sancisce la presunta vessatorietà delle clausole con le quali il professionista-mandante limita gli obblighi assunti in suo nome dal mandatario, facendo dipendere dalla sua volontà la scelta di concludere o meno il contratto.

Si è già chiarito che il riferimento al contratto di mandato e al requisito della spendita del nome presenta carattere meramente esemplificativo: il legislatore consumeristico ha voluto evidenziare uno degli ambiti in cui tali clausole trovano frequente applicazione, senza peraltro escludere che questo problema si possa presentare in presenza di figure gestorie non rappresentative.

Nel tentativo di offrire una tutela sostanziale al consumatore, il Codice del consumo predispone meccanismi protettivi che riequilibrano la posizione della parte debole all'interno della vicenda contrattuale⁴⁵³; sarebbe contrario alle finalità protezionistiche che ispirano la normativa consumeristica far dipendere l'operatività del primo inciso della lettera q dalla natura del rapporto esistente tra il professionista e il soggetto da lui incaricato.

La presunzione di vessatorietà della clausola che limita la responsabilità del mandante, dunque, opera ogniqualvolta tale limitazione determina un ingiustificato squilibrio tra le parti e rende più oneroso l'impegno negoziale del consumatore.

Giova ribadire quanto si è constatato nel paragrafo 7 del precedente capitolo: prima e seconda parte della lettera q costituiscono due precetti distinti⁴⁵⁴ che possono essere accostati in ragione della loro affinità funzionale.

Il primo si riferisce alle limitazioni della responsabilità attuate direttamente attraverso la riduzione degli obblighi del professionista; il secondo, invece, sancisce la nullità delle

⁴⁵³ Non vi è unanimità di vedute sull'azione di riequilibrio tra le posizioni contrattuali dei contraenti espletata dalla normativa comunitaria. Una dottrina minoritaria, infatti, ritiene che le norme a tutela del consumatore siano state volute dal legislatore europeo per risolvere un problema di inefficiente *race to the bottom* (selezione avversa) «basata sul fatto che i consumatori non leggono tutte le clausole dei contratti, ma si soffermano solo su alcune e gli imprenditori ne approfittano introducendo clausole vessatorie, offrendo i beni per un corrispettivo più basso»: così BAFFI, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive: le teorie americane e il diritto italiano*, in *Contratti*, 2010, p. 392.

⁴⁵⁴ Nella seconda parte della lettera q, il professionista prevede a carico del consumatore una serie di adempimenti formali dalla cui inosservanza discendono la limitazione o l'esclusione della responsabilità del predisponente. Clausole di questo tipo sono indubbiamente accordi sulla forma e, in quanto tali, presentano un contenuto diverso rispetto alle clausole contemplate dalla prima parte della lettera q.

previsioni che limitano indirettamente la responsabilità, imponendo al consumatore il rispetto di particolari formalità⁴⁵⁵.

Si è ampiamente dimostrato come la seconda parte della lettera q sia una manifestazione dell'autonomia negoziale che, in attuazione dell'art. 1352 c. c., si sostanzia nella prescrizione di un vincolo di forma non previsto dalla legge.

Si è altresì rilevato che l'accostamento delle due è forse il frutto di una scelta legislativa poco ponderata e non trova una spiegazione plausibile in un loro preteso rapporto di specialità: ragionando in tali termini, infatti, si assisterebbe ad un'ingiustificata restrizione dell'ambito di applicabilità della seconda parte della lettera q, costretta all'interno degli esigui confini del contratto di mandato e della rappresentanza diretta.

L'inclusione dei due precetti all'interno della medesima lettera dell'art. 33, 2° co., c. cons. si giustifica sulla base della loro affinità funzionale: in entrambi i casi, pur dovendo diversificare il profilo formale in ragione degli effetti perseguiti dalle parti, la forma scritta si presta ad un abuso dell'autonomia negoziale.

Tornando ora all'esame delle *merger clauses*, la dottrina ritiene che lo scritto tuteli il rappresentato dal «thoughtless or overzealous agent» e, dunque, il suo utilizzo ad opera del predisponente sia volto a delimitare il raggio d'azione del proprio collaboratore⁴⁵⁶.

Questo aspetto merita di essere approfondito e articolato nell'esame di due ipotesi che si possono individuare nella prassi.

Ad una sua superficiale valutazione, si potrebbe erroneamente ritenere che il legislatore dei consumi, nella prima parte della lettera q, abbia voluto riferirsi alle clausole di completezza posto che, in relazione ai rapporti tra rappresentante e rappresentato, la disposizione sembra perseguire le medesime finalità alle quali tali clausole sono asservite.

In realtà, le clausole di cui al primo inciso della lettera q non coincidono con quelle di completezza, pur conseguendo in via indiretta risultati analoghi.

Vi è di più: la loro trattazione in tale sede costituisce un utile argomento per dubitare della validità di una *merger clause*.

⁴⁵⁵ Sia consentito il rinvio al precedente capitolo per approfondire la questione dei rapporti tra il primo e il secondo inciso della lettera q. In quella sede, infatti, si è cercato di chiarire che la seconda parte della disposizione in esame non rappresenta una *species* della prima, posto che non la riproduce aggiungendovi un elemento che la rende speciale.

⁴⁵⁶ Sul punto cfr. BROOKS, *Parol modification and the Statute of Frauds: fitting the pieces together under the uniform commercial code*, in *Campbell L. Rev.*, 1999, p. 314.

Il giudizio di vessatorietà delle clausole di completezza, formulato grazie al confronto con la prima parte della lettera q, si basa su passaggi argomentativi che devono essere distinti in ragione della concreta ipotesi applicativa contemplata.

Si consideri un contratto che presenta sia una *merger clause* – per la quale l'accordo scritto è completo in ogni suo elemento – sia una clausola che limita i poteri del rappresentante o dell'incaricato ad altro titolo.

In questa eventualità, è lecito estendere alla *merger clause* le osservazioni critiche effettuate in merito alla clausola delimitativa dei poteri del rappresentante: anche la clausola di completezza può essere considerata vessatoria poiché, riducendo la responsabilità del predisponente attraverso la previa determinazione del contenuto del contratto, persegue il medesimo obiettivo della clausola di cui alla lettera q prima parte. Entrambi i termini contrattuali in esame sono in grado di alterare significativamente i diritti e gli obblighi delle parti, a scapito del contraente debole, sicché la *ratio* della vessatorietà della clausola di cui alla lettera q si individua in un elemento che può riguardare anche la clausola di completezza.

In questo primo esempio, la *merger clause* si espone al rischio di una valutazione negativa grazie all'applicazione diretta dell'art. 33, 1° co., c. cons e al rinvio indiretto all'art. 33, 2° co., lett. q, prima parte.

Si pensi ora ad un contratto predisposto unilateralmente la cui conclusione viene affidata dal professionista ad un collaboratore.

Nel regolamento negoziale è stata inserita un'*entire agreement clause* che vieta al rappresentante di modificare in sede di negoziazione il formulario sottoposto al consumatore. Una clausola di questo tipo, delimitando in senso restrittivo l'oggetto del contratto, preclude la trattativa individuale poiché impedisce al consumatore e alla sua controparte di introdurre deroghe o modifiche al documento contrattuale.

Una simile limitazione è vietata non solo dall'art. 33, 2° co., lett. q. c. cons. ma anche dall'art. 34, 4° co., norma imperativa che sanziona con la nullità la clausola che esclude la trattativa individuale.

Poiché in questo caso l'*entire agreement clause* esonera il predisponente da qualsiasi responsabilità per le obbligazioni assunte dal mandatario, la prima parte della lettera q risulta direttamente applicabile alla clausola di completezza.

Gli esempi richiamati non solo testimoniano i limiti di un approccio unidirezionale, tendente ad individuare soluzioni predeterminate e dalla generale portata applicativa, ma inducono anche l'interprete ad analizzare scrupolosamente il vincolo imposto dalla

clausola e l'interesse che lo giustifica, al fine di garantire la tutela sostanziale del contraente debole.

In un'ottica meramente descrittiva è corretto dire che il professionista ricorre ad una clausola di completezza per cristallizzare il contenuto del regolamento negoziale nel documento scritto: da questo punto di vista, poiché la forma gli consente di determinare in senso restrittivo le sue obbligazioni, la clausola in esame si risolve nell'imposizione di un vincolo formale, pur non presentando i connotati tipici degli accordi sulla forma.

L'esame casistico, in realtà, denota una maggior complessità del tema di ricerca.

Le sorti di una clausola unilateralmente imposta sono strettamente collegate all'indagine sulla sua effettiva funzione: che ci si trovi in presenza di una clausola di completezza o di un patto sulla forma diventa un dato secondario se, ad esito del procedimento di qualificazione del vincolo formale orientato in senso assiologico, l'interprete ritiene che l'utilizzo della forma convenzionale si sia tradotto in un pregiudizio per il consumatore.

In questa eventualità, per le ragioni enucleate sino ad ora, l'organo giudicante sarà tenuto, ai sensi dell'art. 33, 1° co., c. cons., a dichiarare la vessatorietà della clausola a fronte della situazione di significativo squilibrio che essa genera.

Volendo ora operare una sintesi di quanto è emerso sino ad ora, in ambito consumeristico una clausola deve essere considerata vessatoria in via presuntiva quando prescrive un requisito di forma "piegandolo" alla funzione di alterare i diritti e gli obblighi di una parte.

Questo principio, che trova nelle *merger clauses* una conferma indiretta, si applica in presenza di qualsiasi prescrizione che si presti ad abusi nei confronti della controparte, anche quando non integri gli estremi di una clausola di completezza.

In materia di consumo, dunque, si va facendo strada una nuova configurazione sistematica delle forme volontarie, il cui ambito di operatività non deve essere limitato ai soli accordi sulla forma previsti dal Codice⁴⁵⁷.

La seconda parte della lettera q contempla un'ipotesi di clausole di forma che il legislatore ha ritenuto opportuno includere nel 2° co. a fronte del loro frequente utilizzo ad opera del predisponente.

Ciò non esclude che l'autorità giudiziaria debba servirsi di questa esemplificazione e trarre da essa spunti di disciplina per verificare se altre clausole, pur non rientrando nel

⁴⁵⁷ Il formalismo di stampo comunitario, del resto è un formalismo sempre più "complesso e plurivalente": «l'elemento formale penetra all'interno dell'atto e diviene modulo contenutistico, procedimentale e comportamentale: da *vestmentum* e requisito di validità del contratto si tramuta in *vestmentum* e *modus operandi* del rapporto»: così FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, p. 63.

precetto di legge, si servono della forma volontaria per incidere negativamente sulla sfera giuridica del consumatore.

Inquadrato in questi termini, il principio generale di cui si discorre trova riscontro in altri “luoghi” della normativa consumeristica.

Non è possibile intraprendere uno studio dettagliato delle singole ipotesi applicative; in questa sede ci si limiterà ad analizzare le clausole con le quali il professionista subordina il diritto di recesso del consumatore al rispetto di determinati vincoli formali.

La disamina di tali prescrizioni si concilia perfettamente con gli obiettivi alla base del presente lavoro di ricerca ed arricchisce il dibattito sui rapporti tra clausole di forma e completezza poiché mostra, ancor più chiaramente di quanto sia già emerso in relazione ai due precetti contenuti nell’art. 33, c. 2, lett. q, c. cons., gli innumerevoli punti di contatto tra le clausole in esame.

3.2.2 Il recesso del consumatore tra clausole di forma e di completezza

Il recesso è un istituto al quale il Codice del consumo dedica particolare attenzione: basti pensare che delle clausole contenute nella *grey list* dell’art. 33, 2° co., c. cons. le lettere e, g, h, disciplinano profili attinenti al recesso⁴⁵⁸.

Allo stesso modo, la disciplina del credito al consumo prevede un diritto di ripensamento, esercitabile in qualsiasi momento dal contraente debole e senza alcun onere a suo carico, a fronte dell’asimmetria informativa che lo pregiudica rispetto al professionista. Infine, in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali e dei contratti a distanza viene riconosciuta al consumatore la facoltà di sottrarsi dal vincolo contrattuale, nella consapevolezza che questo tipo di negoziazione può averlo colto a sorpresa e non avergli consentito un’adeguata ponderazione degli obblighi derivanti dal contratto⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Per un approfondimento sul recesso nella disciplina del Codice civile, senza alcuna pretesa di completezza, cfr. LAVAGGI, *Osservazioni sul recesso unilaterale dal contratto*, in *Foro it.*, 1950; I, p. 1054; TABELLINI, *Il recesso*, Milano, 1962; GIAMPICCIOLI, *Dichiarazione recettizia*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 385; GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 66; GALGANO, *Effetti del contratto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, 1993, p. 58; AA.VV., *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di DE NOVA, Milano, 1994; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1998, p. 308; CLARIZIA, *Il recesso*, in *Il contratto in generale*, in *Obbligazioni*, III, in *Diritto civile*, a cura di LIPARI e RESCIGNO, Milano, 2009, p. 599.

⁴⁵⁹ Si vedano, a tal proposito, gli artt. 64 ss. c. cons. E’ utile anche il rinvio all’art. 73 c. cons. in tema di contratti di acquisto di un diritto di godimento ripartito di beni immobili. Il diritto di ripensamento, inoltre, trova spazio anche nei rapporti *business to business*: basti citare l’art. 30 del d. lgs 58/199 in materia di contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli conclusi fuori sede

In linea generale, l'ordinamento non prevede vincoli formali per la dichiarazione di recesso che, quale atto unilaterale recettizio, deve semplicemente essere palesato all'esterno della sfera giuridica del recedente affinché il destinatario ne abbia conoscenza⁴⁶⁰.

La questione del regime formale del recesso ha da sempre suscitato un grande interesse in seno alla dottrina, nella quale è possibile individuare tre diversi orientamenti⁴⁶¹.

Il primo, in attuazione del principio della libertà delle forme, esclude che il vincolo formale stabilito per la conclusione del contratto, sia esso legale o convenzionale, si estenda anche al recesso che, dunque, sarebbe un atto amorfo⁴⁶².

Per altri Autori, invece, il recesso dovrebbe essere sottoposto alle medesime prescrizioni di forma previste per il perfezionamento del contratto, in attuazione del principio della simmetria delle forme negoziali e del *contrarius actus*⁴⁶³.

Infine, una dottrina minoritaria ritiene che il recesso debba essere dotato della medesima veste formale prevista per il contratto solo ove vada a porre in essere uno degli effetti tipici per i quali l'ordinamento prevede la forma scritta (tipico il caso dei trasferimenti immobiliari)⁴⁶⁴.

o negoziati a distanza. In materia di *ius se poenitendi* cfr. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 695; GRISI, *Lo «ius poenitendi» tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 569; GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 271; GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, p. 161.

⁴⁶⁰ La disciplina generale dei contratti, in particolare l'art. 1373 c.c., non prevede particolari vincoli formali per l'esercizio del diritto di recesso. Alla medesima conclusione si giunge analizzando le disposizioni sui contratti tipici che, nella maggior parte dei casi, non affrontano nemmeno la questione della forma del recesso.

⁴⁶¹ Le tre posizioni sono sintetizzate in modo efficace da GIUGGIOLI, *La forma del recesso da contratti formali*, in *Contratti*, 2001, p. 225.

⁴⁶² La mancanza di un legame tra la volontà di recedere e la forma con la quale viene esternata non è incompatibile con la natura recettizia del recesso. Sul punto cfr. LA TORRE, *La forma dei negozi risolutivi*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 154; R. SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temi nap.*, 1961, p. 435; TORRENTE, *La forma del negozio risolutivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, p. 625; GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 1003.

⁴⁶³ Poiché, infatti, il recesso determina una modifica della precedente situazione giuridica, è necessario estendere a questo atto la medesima forma richiesta per la costituzione del rapporto alla cui dissoluzione è finalizzato. Per questo orientamento cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 542; RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1996, p. 308. L'orientamento formalista è condiviso anche dalla giurisprudenza: cfr. Cass. 6. 4. 2009, n. 8234, in *Giust. civ. mass.*, 2009, p. 586; Cass. 22.6.2000, n. 819, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 1374; Cass. 11.10.1991, n. 10707, in *Giur. it. Mass.*, 1991, Trib. Torino, 8.4.2003, in *Foro padano*, 2003, I, p. 345.

⁴⁶⁴ Sul punto cfr. GABRIELLI e PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.* XXXIX, Milano, 1988, p. 27; NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, III, Napoli 1972, p. 539; LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 313. L'Autore ritiene che l'obbligo di forma scritta si manifesta solo in relazione ai negozi risolutivi che «producono automaticamente uno spostamento patrimoniale ricadente nelle ipotesi per le quali la forma si impone e dunque non per una specularità funzionale rispetto al negozio risoluto».

Queste considerazioni, pacifiche se rapportate alle forme legali, destano perplessità nell'ambito del formalismo volontario.

A tal proposito un'attenta dottrina, pur affermando che la forma del recesso si individui *per relationem* in base a quella stabilita per il negozio dal quale recedere, osserva come «le norme, che espressamente estendono il vincolo di forma ad alcuni atti accessori, per evidente difetto di coordinamento sono formulate in modo tale da lasciare in dubbio se si applichino in ogni caso in cui per l'atto accessorio sia richiesta una forma particolare, o solo quando la forma sia richiesta dalla legge»⁴⁶⁵.

Il tema, dunque, è degno di meditazione critica, soprattutto se lo si rapporta ai contratti del consumatore, ambito nel quale si riscontrano con una certa frequenza clausole unilateralmente predisposte che impongono al consumatore una determinata forma per avvalersi del diritto di recesso.

Nel silenzio del legislatore e in virtù dell'autonomia negoziale riconosciuta loro dall'ordinamento, è innegabile che i contraenti possano prevedere un irrigidimento dei vincoli di forma anche in materia di recesso⁴⁶⁶.

La dottrina tradizionale esclude che la mancata adozione di tale forma comporti l'inefficacia della dichiarazione di recesso sul presupposto che l'art. 1352 c. c. non si riferisce agli atti unilaterali modificativi o estintivi di un rapporto nascente dal contratto, ma individua solo un requisito di forma riferito alla stipula di quest'ultimo⁴⁶⁷.

Da tempo, i formanti dottrinale e giurisprudenziale ritengono che la disposizione in esame si applica a qualsiasi manifestazione di volontà, anche se unilaterale e successiva al perfezionamento del contratto⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Così CARRESI, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, cit., p. 369, nota 523; VALCAVI, *Sul carattere interpretativo della norma che vieta le fideiussioni omnibus illimitate e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti*, in *Foro it.* 1993, I, p. 2173, nota a Cass. 20.8.1992, n. 9719. Il tema è stato affrontato anche dalla giurisprudenza. La Suprema Corte ritiene che «la forma scritta per la soluzione convenzionale di un contratto è necessaria quando identica forma sia prescritta *ad substantiam* per la stipulazione del contratto stesso, mentre resta a detti fini irrilevante che, indipendentemente da tale prescrizione, le parti abbiano stipulato il contratto per iscritto»: così Cass. 7.3.1992, n. 2772, in *Fallimento*, 1992, p. 691.

⁴⁶⁶ Questa possibilità costituisce un dato ormai acquisito sul quale la dottrina già da tempo esprime un consenso unanime. Essa si colloca all'interno di una tendenza normativa che attribuisce alle parti un potere penetrante in sede di regolamentazione del diritto di recesso. Sul punto cfr. CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Torino 1939, p. 225; DE NOVA, *Il recesso*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO, Milano, II, 2008, p. 692.

⁴⁶⁷ Così MESSINEO, *Contratto* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

⁴⁶⁸ L'inapplicabilità dell'art. 1352 c. c. agli atti unilaterali incidenti su un rapporto già instaurato è stata efficacemente confutata grazie al rinvio all'art. 1326, 4° co., c.c. Per un approfondimento sul punto cfr. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., p. 130. In senso conforme anche la Cassazione: «l'art. 1352 c. c. ha un'ampia portata e si riferisce a qualsiasi patto negoziale con cui le parti si impegnino ad adottare una certa forma per la prestazione di un consenso futuro»: così Cass. 9.2.1980,

L'interpretazione estensiva dell'art. 1352 c. c risulta maggiormente in sintonia con il principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c. c. e con la disposizione contenuta nell'art. 1324 c. c. che estende le norme sui contratti, purché compatibili, agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale.

Le parti, dunque, possono eleggere volontariamente una particolare forma per recedere dal contratto: non vi è alcun dubbio che si tratti di prescrizioni sulla forma, categoria che racchiude al suo interno non solo le clausole che stabiliscono una serie di requisiti formali ai fini della conclusione del contratto, ma anche quelle che subordinano all'utilizzo dello scritto la validità delle modifiche e/o delle integrazioni al contratto già perfezionato⁴⁶⁹.

Questi termini contrattuali, tuttavia, nello stabilire espressamente le modalità formali necessarie per recedere, conseguono in via indiretta anche un altro effetto, il completamento della disciplina rimediabile, nella misura in cui escludono la possibilità di avvalersi di altri rimedi in presenza di patologie del contratto.

Clausole di questo tipo sono senz'altro vessatorie perché limitano indebitamente i diritti del consumatore, alterando in modo significativo l'equilibrio che dovrebbe esistere nei rapporti *inter partes*.

E' legittimo, pertanto, auspicare un loro effettivo controllo in sede giudiziale sotto il profilo dell'abuso della libertà negoziale.

Questi termini contrattuali, inoltre, costituiscono un esempio emblematico di come i requisiti di forma volontaria operano in senso restrittivo sul piano sostanziale e, dunque, non si risolvono in un mero irrigidimento della veste giuridica di un atto, disciplinandone prettamente i profili esteriori.

A ragionare diversamente – trascurando, dunque, le loro conseguenze sul piano contenutistico – si rischia di ridurre lo standard di tutela accordato al consumatore e disattendere gli obiettivi perseguiti dal legislatore consumeristico.

In sintesi: la visione disgiunta di clausole di forma e di completezza, praticabile ad un livello astratto, si scontra con una prassi negoziale ben più complessa e ricca di

n. 909, in *Foro it.*, 1981, I, p. 503. In tal senso anche Cass. 8.9.1997, n. 7354 e Cass. 13.6.1958, n. 1999, in *Foro it.* 1959, I, p. 92.

⁴⁶⁹ In questo senso si esprime la Suprema Corte in tema di appalto: «il recesso del committente disciplinato dall'art. 1671 c.c. può essere convenuto, tra le parti, con determinati requisiti di tempo e di forma, attesa la derogabilità convenzionale della norma in parola, sicché, in caso di mancata (o non formale) disdetta, i contraenti possono legittimamente convenire conseguenze diverse da quelle previste dalla norma stessa»: così Cass. 22.8.2002, n. 12368, in *Giust. civ.Mass.* 2002, p. 1559.

sfumature, a conferma della significativa distanza esistente tra le declamazioni teoriche e gli schemi operativi presenti nella realtà.

Si può comprendere ora il motivo per il quale l'analisi casistica delle clausole di completezza nel nostro ordinamento è stata strutturata anteponendo l'esame della lettera q allo studio delle clausole sul recesso.

Se è vero che le due previsioni della lettera q possono essere distinte sul piano ontologico e presentano punti di contatto solo in chiave teleologica, la clausola che impone una determinata forma per la dichiarazione di recesso manifesta una duplice natura giuridica, che induce ad enfatizzare i profili di contiguità strutturale, oltre che funzionale, tra clausole di forma e di completezza.

In questa seconda ipotesi, dunque, il confine tra le due tipologie di clausole si fa ancor più evanescente, ed è questo un dato estremamente significativo ai fini della presente ricerca poiché rappresenta un ulteriore motivo di riflessione per l'interprete di *civil law*.

Si è già segnalato come il disinteresse manifestato in *common law* verso la contrapposizione tra forma e sostanza, l'evoluzione normativa in ambito consumeristico e il diffondersi delle forme-contenuto di matrice comunitaria sollecitino un'opera di revisione delle categorie dogmatiche tradizionali.

Indicazioni in tal senso emergono anche dalla mera osservazione della prassi interna al nostro ordinamento.

Lo studio delle clausole di forma, e forse in maniera ancor più incisiva, quello delle clausole di completezza, dimostra l'impossibilità di avvalersi degli schemi ermeneutici tradizionali che, per quanto collaudati, si rivelano incapaci di determinare la precipua valenza di categorie giuridiche interessate da profondi mutamenti in sede legislativa.

Pertanto, l'interprete deve adeguare il proprio linguaggio alle «istanze di rinnovamento e di conflittualità assiologica» recepite dalla prassi contrattuale «superando il carattere di staticità e fissità della categoria codicistica consegnata dalla tradizione dogmatica»⁴⁷⁰.

4. Conclusioni

⁴⁷⁰ Così ROSARIO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica*, Milano, 2010, p. 16. L'Autore non auspica l'abbandono dei concetti del passato ma solo una loro rielaborazione. Nel medesimo senso cfr. anche TREIBILCOCK e LENG, *The role of formal contract and enforcement in economic development*, in *Va. L. Rev.*, 2006, p. 1517.

Attraverso l'esame delle clausole di forma nei contratti del consumatore si è preso atto dei cambiamenti del quadro normativo di riferimento e della necessità di avvalersi di parametri valutativi sensibili al dato temporale⁴⁷¹.

Tali considerazioni non mutano di segno se si sposta il raggio di indagine dalle prescrizioni sulla forma propriamente intese, alle clausole di completezza.

Individuando i profili comuni e i possibili punti di contatto tra le due clausole non si sono volute svilire le peculiarità e i tratti caratterizzanti ciascuna di esse, ma solo dimostrare come una loro più attenta lettura è in grado di compromettere la resistenza dei tradizionali paradigmi interpretativi, inadeguati a dar conto di un'esperienza giuridica sempre più articolata.

Di fronte all'indugiare dottrinale sull'inoppugnabilità delle ricostruzioni tradizionali è doveroso manifestare una buona dose di scetticismo: prescindendo dalle specificità del caso concreto, infatti, non si perviene ad un corretto inquadramento della tematica in esame.

Consapevoli degli importanti mutamenti legislativi intervenuti in materia, si è sostenuta l'opportunità di una rielaborazione del formalismo convenzionale che, constatati i limiti dell'art. 1352 c.c., trova nella normativa consumeristica risposte più appaganti ai delicati problemi sollevati dalle clausole di forma non negoziate individualmente.

La disposizione codicistica, giova ribadirlo, non è dotata di una capacità precettiva tale da poter affermare la validità di una clausola di forma predisposta unilateralmente in quanto riprodottriva di una norma di legge ai sensi dell'art. 34, 1° co., c. cons.

A fronte dell'errata formulazione e della natura eccessivamente generica ed evanescente che lo contraddistinguono, l'art. 1352 c. c. non può essere invocato per affrontare la questione delle clausole di forma nei contratti tra consumatore e professionista.

In caso contrario, trascurando la sua limitata portata applicativa, si finirebbe con il far dipendere il giudizio di vessatorietà delle clausole di forma nei contratti *business to consumer* da una disposizione dal valore meramente interpretativo e non dispositivo.

La previsione, dunque, non consente di esaurire le specifiche articolazioni dei problemi posti dalla forma convenzionale in ambito consumeristico.

⁴⁷¹ Le categorie dogmatiche tradizionali, a fronte della loro mutevolezza e relatività, richiedono all'interprete una costante verifica della loro tenuta e della loro capacità di organizzare la materia contrattuale.

Essa, infatti, non dà conto della variegata fenomenologia dei requisiti formali di natura volontaria che si presentano nella prassi contrattuale e che sono ben distanti dal poter essere ricondotti all'interno di una costruzione concettuale unitaria.

Preso atto delle plurime finalità del requisito formale, diventa di evidente cogenza la rilettura della tematica in esame, in considerazione di un quadro normativo che restituisce un modello di forma estremamente variegato.

L'art. 1352 c. c. disciplina solo uno dei molteplici aspetti connessi all'utilizzo delle forme convenzionali e rappresenta, dunque, una manifestazione parziale di un fenomeno ben più ampio.

Questa osservazione non solo induce a dubitare di una sua qualificazione nei termini di norma generale, ma suggerisce altresì una diversa lettura dell'oggetto di studio che aprire inedite prospettive interpretative sul tema di ricerca.

Volendo richiamare l'art. 1326, 4° co., c.c., non si perviene a conclusioni dissimili.

La disposizione si colloca senz'altro in un orizzonte applicativo più definito rispetto all'art. 1352 c. c., dal quale si differenzia per l'essere stata formulata in termini più chiari e precisi.

Ciò non basta, tuttavia, ad affrontare lo studio del formalismo convenzionale in ambito consumeristico senza correre il rischio di fraintendimenti o di mortificazioni della *ratio legis*.

Dall'esame congiunto dell'art. 1352 c. c. e dell'art. 33, 2° co., lett. q, c. cons., è emerso come l'art. 33 può essere considerato, seppur all'interno del suo settore di riferimento, una norma generale⁴⁷².

Esiste una vessatorietà presunta delle clausole di forma quando il vincolo autoimposto si piega alla funzione di alterare i diritti e gli obblighi del predisponente o limitare i diritti e le facoltà del contraente debole.

Tale vessatorietà non opera meramente entro i confini imposti dalla disposizione in esame, ma si estende a qualsiasi clausola inserita in un contratto tra professionista e consumatore, purché finalizzata al perseguimento di interessi che, ad esito di una valutazione circostanziata, non risultano meritevoli di tutela.

In materia di forme riservate negozialmente, dunque, il Codice del consumo contiene disposizioni dalle quali si traggono indicazioni ben più precise in relazione al

⁴⁷² E' bene ricordare che ad una simile conclusione pervengono solo coloro che ritengono il Codice del consumo l'esito di un graduale processo di decodificazione del diritto civile dotato di una propria autonomia che ne esclude una configurazione nei termini di legge complementare al Codice civile. Sul punto, cfr. ADDIS, *Il codice del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit., p. 875.

trattamento da riservare agli accordi sulla forma che, indubbiamente, non godono del sostegno incondizionato del legislatore consumeristico.

Il maggior rigore mostrato nei loro confronti si concretizza nella predisposizione di controlli giudiziali tesi alla verifica del sostanziale equilibrio dell'affare e volti ad escludere che i vincoli formali si traducano in un pregiudizio per il contraente debole⁴⁷³.

Le finalità protettive alla base del Codice del consumo e la situazione di inferiorità nella quale si trova il consumatore rispetto al professionista non solo impongono maggior cautela nei confronti delle clausole di forma, ma suggeriscono di estendere le considerazioni critiche effettuate in materia a clausole che, seppur a diverso titolo, presentano affinità di natura teleologica con gli accordi sulla forma.

Questo aspetto rappresenta un passaggio emblematico della ricerca intrapresa poiché dischiude l'indagine all'esame di altre clausole, consentendo di osservare il fenomeno delle forme autoimposte da una diversa prospettiva rispetto a quella codicistica.

Nel solco di questa impostazione, lo studio delle clausole di completezza ha reso ancor più palesi le lacune dell'art. 1352 c. c. e i molteplici profili di criticità di una disposizione che, essendo già inadeguata ad affrontare esaustivamente la questione degli accordi sulla forma, lo è ancor di più in presenza di clausole diverse nelle quali, tuttavia, la forma autoimposta incide in modo simile sull'equilibrio tra le prestazioni contrattuali. L'assenza di una precisa concordanza terminologica tra clausole di forma e di completezza non costituisce una valida ragione per sottrarsi ad un loro studio congiunto, volto ad instaurare parallelismi tra tali clausole.

Risulta scarsamente praticabile l'individuazione di una disciplina astratta, suscettibile di trovare applicazione nella generalità dei casi a prescindere dalla situazione che concretamente vede coinvolti il professionista e il consumatore.

Ciò che rileva, dunque, è lo studio delle singole clausole inserite nel contratto ad opera del predisponente e il piano di interessi disvelato da esse: in questa delicata attività ermeneutica, il ricorso a paradigmi orientati in senso assiologico evidenzia l'esistenza di punti di contatto tra istituti che ad una distratta valutazione espongono ragioni giustificative differenti ma che, in concreto, si prestano al perseguimento di simili finalità.

⁴⁷³ Dalla lettura degli artt. 3.2, 3.2 par 2 e 4.2 della Dir 93/12 emerge il doppio contenuto di questo controllo: sostanziale, nella parte in cui si sostanzia nel sindacato di merito in presenza di un contratto standard potenzialmente pregiudizievole per il consumatore; procedurale con l'esclusione del controllo di vessatorietà della clausola oggetto di negoziazione individuale. Sul punto cfr. AMATO, *Clausola di forma e condizioni generali di contratto: riflessioni di una comparatista*, cit., p. 285.

La tendenziale antipatia nei confronti dei patti sulla forma si spiega alla luce della loro capacità di soddisfare interessi di natura egoistica e, dunque, disattendere gli obiettivi di tutela alla base della normativa consumeristica.

La *ratio* protezionistica del Codice del consumo autorizza, in sostanza, l'estensione della vessatorietà presunta individuata con riferimento alle clausole di forma anche alle clausole di completezza: accordi sulla forma e *merger clauses*, se finalizzati agli stessi obiettivi, sono suscettibili delle medesime conclusioni in ordine alla loro ammissibilità ed efficacia.

La questione sottende un problema di tutela della persona che si pone più frequentemente nei contratti tra consumatore e professionista, ma che trova terreno fertile anche nei rapporti *business to business*⁴⁷⁴.

Ai fini della presente ricerca, si è ritenuto opportuno limitare l'oggetto di studio ai contratti del consumatore.

Tuttavia, la necessità di preservare l'intangibilità giuridica individuale permane nei contratti che presentano asimmetrie informative e di esperienza e nei quali la parte debole non si identifica con il consumatore.

Il rinvio all'art. 2 della Costituzione, nella sua duplice declinazione di principio di autodeterminazione e di garanzia della libertà individuale e, più in generale, il tema della tutela della dignità della persona umana, suggeriscono di estendere il controllo sul contenuto del contratto dall'ambito consumeristico ai contratti asimmetrici.

Quando una clausola non negoziata individualmente compromette l'altrui sfera giuridica, è indispensabile un intervento eteronomo teso a garantire che il contratto non diventi un luogo di abuso dell'autonomia negoziale, ma conservi il suo originario valore di strumento di realizzazione della persona.

Pertanto, la clausola – di forma o di completezza – che, attraverso l'irrigidimento dei vincoli di forma pregiudica i diritti del contraente debole (consumatore o meno), è esposta al rischio di una pronuncia di vessatorietà ad opera dell'organo giudicante, indipendentemente dal fatto che il legislatore abbia espressamente contemplato questa eventualità.

⁴⁷⁴ Si pensi al contratto di subfornitura, da sempre invocato come esempio paradigmatico del *favor* mostrato dal legislatore nei confronti del contraente debole non consumatore

BIBLIOGRAFIA

Riferimenti bibliografici

AA.VV., *Codice civile. Libro delle obbligazioni, illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, a cura di G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. Stella Richter e G. Dallari, Milano, 1942

AA.VV., *Codice civile. Libro della tutela dei diritti*, a cura di G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. Stella Richter e G. Dallari, Milano, 1942

AA.VV., *Le sintesi di un Convegno sulle tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 273

Aa.Vv, *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994

Aa.Vv., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barenghi, Napoli, 1996

AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998

AA.VV., *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: l'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di C. M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996

AA.VV., *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore: artt. 1469 bis-1469 sexies*, a cura di C. M. Bianca, F. D. Busnelli e L. Bigliuzzi Geri, Padova, 1999

AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005

AA.VV., *I mobili confini dell'autonomia privata*, a cura di M. Paradiso, Milano, 2005

AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di G. Bonilini e M. Confortini, Milano, 2008

ABBAGNANO, Nicola, *Forma*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1964, p. 406

ADAMS e MCQUEEN, *Atiyah's Sale of goods*, Dorchester, 2010

ADDIS, Fabio, *Nota introduttiva ai Principi Unidroit*, in *Materiali e Commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 926

ADDIS, Fabio, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999

ADDIS, Fabio, *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, Milano, 2003, p. 369; e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, p. 3; e col titolo: *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei*

settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti, in *Autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 109

ADDIS, Fabio, *La fornitura di beni di consumo: «sottotipo» della vendita?*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, p. 584

ADDIS, Fabio, *Il codice del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 872

ADDIS, Fabio, *Il paradosso delle forme convenzionali*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 296

ADDIS, Fabio, *La formazione dell'accordo nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, p. 8

AGOSTINELLI, Stefano, sub art. 1519 sexies c.c, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. Garofalo, V. Mannino, E. Moscati e P. M. Vecchi, Padova, 2003, p. 570

AGUILA REAL, Jesus A., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991

ALCARO, Fabio, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996, p. 1119

ALESSI, Rosalba, *Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emanazione del Codice del consumo*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 818

ALLARA, Mario, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1952

AL-NAJJAR, Nabil I., *Incomplete Contracts and the Governance of Contractual Relationships*, in *Am. Econ. Rev. Papers and Proc.*, 1995, p. 432

ALPA, Guido, *Programmi e progetti del Consiglio d'Europa e della Comunità Economica Europea in materia di contratti standard*, in *Foro it.*, 1977, V, p. 7

ALPA, Guido, *Appunti sulla nozione di oggetto del contratto*, in *Vita not.*, 1981, p. 809

ALPA, Guido, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 166

ALPA, Guido, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 1994, p. 113

ALPA, Guido, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 46

ALPA, Guido, *Contratti di massa*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 403

ALPA, Guido, *L'oggetto e il contenuto*, Palermo, 1997

ALPA, Guido, *Controllo legislativo e controllo giudiziario dei contratti standard. Il modello legislativo dell'Unfair Contract Terms Act del 1977*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. M. Bianca, Milano, 1979, p. 229

ALPA, Guido, *Oggetto e contenuto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, III, Milano, 1999, p. 628

ALPA, Guido, *La causa e il tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 1877

ALPA, Guido, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2001

ALPA, Guido, *La disciplina delle clausole abusive in Italia e nel Regno Unito. Metodi di controllo e questioni aperte*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 783

ALPA, Guido, *Uno sguardo alla disciplina delle clausole vessatorie in Italia e nel Regno Unito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 5

ALPA, Guido, *L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto del codice civile europeo*, in *Econ. dir. terz.*, 2004, p. 1

ALPA, Guido, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2005, p. 154

ALPA, Guido, *Brevi note sulle proposte di riforma della disciplina delle clausole vessatorie nel Regno Unito*, in *Contratti*, 2005, p. 91

ALPA, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006

ALPA, Guido, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, VI, p. 351

ALPA, Guido, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita*, in *Contratti*, 2007, p. 837

ALPA, Guido, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 571

ALPA, Guido, *Lineamenti di diritto contrattuale*, in *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, a cura di G. Alpa, M. J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno, Zencovich e A. Zoppini, Roma-Bari, 2008, p. 260

ALPA, Guido, *Le clausole vessatorie nei contratti con i risparmiatori*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 9

ALPA, Guido, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Vita not.*, 2009, p. 3 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 241

ALPA, Guido, *Il codice civile europeo*, in *In-Pactum*, 2010, p. 15

ALPA e BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1977

- ALPA e BESSONE, *Tecnica e controllo dei contratti standard*, Rimini, 1983
- ALPA e CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., App., XV, Torino, 1997, p. 541
- ALPA e MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 34
- ALPA e RAPISARDA, *Il controllo dei contratti per adesione*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 533
- AMADIO, Giuseppe, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, VI, p. 863
- AMADIO, Giuseppe, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 127
- AMADIO, Giuseppe, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 285
- AMADIO, Giuseppe, *L’abuso dell’autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, VI, p. 255
- AMAGLIANI, Roberto, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1994
- AMATO, Cristina, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori: problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell’ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Milano, 2003
- Amato, Cristina, *Clausola di forma e condizioni generali di contratto: riflessioni di una comparatista*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di F. ADDIS, Milano, 2008, p. 275
- AMATO e TROIANI, *Codice del consumo, arrivano le regole fra piccoli utenti e giganti del mercato*, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 114
- AMBROSOLI, Matteo, *Le clausole che regolano l’onere della prova*, in *Clausole a rischio di nullità*, a cura di G. De Nova, Milano, 2009, p. 183 e in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1400
- ANDRINI, Maria C., *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 134
- ANDRIOLI, Virgilio, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 261
- ANSON e BEATSON, *Anson’s Law of Contract*, Oxford, 2002

- ANTONIOLLI, Luisa, *I contratti del consumatore nel diritto inglese fra Common Law e diritto comunitario, legal process e forme di tutela*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, V, p. 779
- ARCHI, Gian Gualberto, *Dal formalismo negoziale repubblicano al principio giustiniano "cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspiciere"*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1980, p. 2
- AREDDU, Aldo, *La tutela del contraente "debole" in Europa*, Roma, 1996
- ARENA, Roberta E. *La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive. Suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in *Giur. merito*, 1998, p. 156
- ASCARELLI, Tullio, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 41
- ASTUTI, Guido, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, in *Arch. giur.*, 1945, p. 6
- ASTUTI, Guido, *I contratti obbligatori nella storia del diritto romano arcaico, Parte generale*, Milano, 1952
- ASTUTI, Guido, *Contratto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 759
- ASTUTI, Guido, *Le fonti. Età romano barbarica*, Padova, 1968
- ATIYAH, Michael, *Book review*, in *Harv. L. Rev.*, 1981, p. 523
- ATIYAH, Michael, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979
- AULETTA, Tommaso A., *Le clausole vessatorie nella giurisprudenza*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. M. Bianca, Milano, 1979, I, p. 3
- AZZARO, Andrea M., *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000
- AZZARO, Andrea M., *Tutela del consumatore e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 237
- BAFFI, Enrico, *I limiti all'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 631
- BAFFI, Enrico, *La tutela dei consumatori contro le clausole abusive: le teorie americane e il diritto italiano*, in *Contratti*, 2010, p. 392
- BALDI, Roberto, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita*, Milano, 2001, p. 218
- BARASSI, Ludovico, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano, 1906
- BARASSI, Ludovico, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948

- BARBA, Angelo, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 11
- BARCELLONA, Pietro, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania*, Milano, 1970, p. 111
- BARCELLONA, Pietro, *Antonino Cataudella. Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, in *Riv. dir. civ.*, 1971, IV, p. 481
- BARCELLONA, Pietro, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969
- BARCELLONA, Pietro, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973
- BARCELLONA, Pietro, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, diretto da S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 305
- BARCELLONA, Pietro, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006
- BARENGHI, Andrea, *Una pura formalità. A proposito di limiti e garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 197
- BARENGHI, Andrea, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, 2005
- BARENGHI, Andrea, sub art. 33, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2008, p. 168
- BAR, GILL e EPSTEIN, *Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics*, in *NYU Law and Economics Reserach Paper No. 07-17 (2007)*, disponibile sul sito <http://ssrn.com/abstract=982527>
- BARILE, Paolo, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova, 1953
- BEATSON, Jack, *Anson's law of contract*, Oxford, 1998
- BEHRENDTS, Okko, *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale*, disponibile sul sito www.ledonline.it/rivistadirittoromano
- BELLI, Tommaso, sub artt. 1469 bis, num. 15, in *Commentario al capo 14 bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore: art. 1469 bis-1469 sexies*, a cura di C. M. Bianca, F. D. Busnelli e L. BIGLIAZZI GERI, sub artt. 1469 bis, num. 15, Padova, 1999, p. 411 e in Id., in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 974
- BELLI, Tommaso, *Gli enti pubblici come "professionisti" e come "consumatori". Art. 1469 bis comma 3, n. 15*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 974

- BELVEDERE, Andrea, *Forma*, in Glossario, Milano, 1994
- BENATTI, Francesco, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971
- BENATTI, Francesco, *Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di G. Portale, I, Milano, 1978, p. 163
- BENATTI, Francesco, *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1988, p. 400
- Benatti, Francesco, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988 p. 396
- BENATTI, Francesco, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 837
- BENEDETTI, Giuseppe, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969
- BENEDETTI, Giuseppe, *Elogio di un civilista convinto: una testimonianza del sistema scientifico di Francesco Santoro Passarelli*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 497
- BENEDETTI, Giuseppe, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 17
- BENEDETTI, Giuseppe, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 137
- BENEDETTI, Giuseppe, *La formazione del contratto, Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 351
- BENEDETTI, Giuseppe, *Apertura dei lavori*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di F. Addis, Milano, 2008, p. 3
- BENEDETTI, Alberto M., *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2005
- BERLINGUER, Luigi, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in *Studi storici*, 1974, XV, p. 3
- BERLIOZ, Georges, *Le contrat d'adhésion*, Paris, 1973
- BERNARDINI, ROSSI, FUXA SADURNI e DI GIULIO, *Commento alla legge 6 febbraio 1996, n. 52 (artt. 1469 bis-1469 sexies del codice civile)*, in *Impresa*, 1996, p. 453
- BERTOLO, Gianluca, *Status di consumatore, libertà d'impresa e tutela del contraente debole*, in *Giur. it.*, 2003, p. 203
- BERTOLO, Gianluca, *Squilibrio normativo e buona fede nei contratti dei consumatori*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 497
- BESSONE, Mario, *Dalla freedom of contract al controllo sociale (osservazioni sul metodo di una raccolta di cases and materials)*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 458

- BESSONE, Mario, *Contratti di adesione e potere normativo d'impresa e problemi di democratic control*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 2028
- BESSONE, Mario, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, p. 336
- BESSONE, Mario, *Contratti di adesione e natura ideologica del principio di libertà contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 943
- BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale, ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, p. 1327
- BESSONE, Mario, *Il "Consumerism" negli anni '80*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 357
- BESSONE, Mario, *I contratti standard e la tutela del consumatore. Quale politica del diritto?*, in *Giur. mer.*, 1984, p. 449
- BESSONE, Mario, *"Consumerism" e tutela dei consumatori. I percorsi obbligati di una politica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 611
- BESSONE, Mario, *Condizioni generali di contratto e posizione negoziale dell'aderente. Una policy di controlli amministrativi*, in *Riv. not.*, 1987, p. 1
- BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1952, p. 51
- BETTI, Emilio, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, p. 238
- BETTI, Emilio, *Appunti di teoria delle obbligazioni in diritto romano*, Roma, 1957
- BETTI, Emilio, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, p.1559
- BETTI, Emilio, *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, in *Riv. not.*, 1959, p. 221
- BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960
- BETTI, Emilio, *Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico*, in *Temi*, 1963, p. 609
- BETTI, Emilio, *Negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 215
- BETTI, Emilio, *Teorie generali dell'interpretazione*, Milano, 1990
- BETTI, Emilio, *Forma e sostanza nell'interpretatio prudentium*, già in *Atti Congr. intern. dir. rom. e storia dir.*, Verona 1948, II, Milano 1951, ora in *Id.*, *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, Milano, 1991, p. 367
- BIANCA, Cesare Massimo, *Acontrattualità dei contratti di massa*, in *Vita not.*, 2001, p. 1121

BIANCA, Cesare Massimo, sub *art. 1229, Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di V. Scialoja e G. Branca, *Libro IV, Delle obbligazioni, artt. 1218-1229*, Bologna-Roma, 1979, p. 473

BIANCA, Cesare Massimo, *Condizioni generali di contratto*, Milano, 1981

BIANCA, Cesare Massimo, *Condizioni generali di contratto. Prospettive di riforma*, in *Quad. Giustizia*, 1986, p. 2

BIANCA, Cesare Massimo, *Condizioni generali di contratto (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 2

BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, III, in *Il contratto*, Milano, 2000, p. 39

BIANCA, BUSNELLI e BIGLIAZZI GERI, *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore: artt. 1469 bis-1469 sexies*, Padova, 1999

BIGLIAZZI GERI, Lina, *L'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1991

BIGLIAZZI GERI, Lina, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, p. 33

BILOTTA, Francesco, *Un riassetto della normativa esistente centrato sull'atto e non sul soggetto*, in *Giuda dir.*, 2005, p. 63

BILOTTA, *Il codice del consumo*, disponibile sul sito http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=21969

BIN, Marino, *Condizioni generali di contratto e rapporti assicurativi*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, diretto da E. Cesaro, Padova, 1994, p. 140

BIONDI, Biondo, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, II, 1953, p. 82

BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954

BIX, Brian, *Form and formalism: the view from legal theory*, in *Ratio iuris*, 2007, p. 45

BJØRNSTAD, Henrik Wærsted, *Entire agreement clauses*, disponibile sul sito http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/bjornstad_abstract.pdf

BLUM, Brian A., *Contracts: examples & explanations*, New York, 2007

BOBBIO, Norberto, *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino, 1947

BOBBIO, Norberto, *Sul formalismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 977

BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977

BOCCHINI, Fernando, *Contratti per adesione*, in *Saggi di diritto privato*, Napoli, 1999, p. 197

BOCCHINI, Fernando, *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d. lg 6 settembre 2005, n. 206*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 515

BOCHICCHIO, Francesco, *La nuova disciplina dei contratti con i consumatori. Dal controllo formale al controllo sostanziale: effettività e limiti*, in *Econ. dir. terz.*, 1997, p. 125

BONELL, Michael J., *Prime osservazioni in ordine alla recente legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 484

BONFANTE, Pietro, *Il contratto e la causa del contratto*, già in *Riv. dir. comm.*, 1908, p. 115, ora in *Id.*, *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1926, p. 128

BORTOLUZZI, Andrea, *Umanizzazione del contratto*, in *Vita not.*, 1991, p. 1618

BRECCIA, Umberto, *L'interprete tra codice e nuove leggi civili*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 579

BRECCIA, Umberto, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Formazione, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 480

BRETONE, Mario, *Storia del diritto romano*, Bari, 2001

BRIDGEMAN, Curtis, *Liberalism and freedom from the promise theory of contract*, in *Mod. L. Rev.*, 2004, p. 683

BRIGANTI, Giuseppe, *Guida al codice del consumo: la tutela del consumatore tra nuove frontiere e vecchi confini*, Roma, 2006

BRINKLEY, Martin H., *Regulation of contractual change: a guide to no oral modification clauses for North Carolina lawyers*, in *N. Cal. L. Rev.*, 2002-2003, p. 2239

BROOKS, James K., *Parol modification and the Statute of frauds: fitting the pieces together under the uniform commercial code*, in *Campbell L. Rev.*, 1999, p. 314

BROUDE, Richard F., *The consumer and the parol evidence rule: section 2-202 of the Uniform commercial code*, in *Duke L. J.*, 1970, p. 881

BROWNSWORD, Roger, *The Unfair Contract Terms Act: a decade of discretion*, a cura di S. Adams e R. Brownsword, Londond, 1988, p. 94

BUONOCORE, Vincenzo, *Le categorie contrattuali alla luce della disciplina comunitaria*, in *Riv. giur. sarda*, 1998, p. 545

BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa*, in *Trattato diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, I, Torino, 2007, p. 340

BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1998

BUSNELLI, Francesco D., *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore (art. 1469 bis-1469 sexies)* in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 771

- BUSNELLI, Francesco D., *Tramonto del codice civile?*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, p. 209
- BUSNELLI, Francesco D., *Il “diritto senza Stato” e gli “idola della libertà”*, in *La forma degli atti nel diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 33
- BUSNELLI e Morello, *La direttiva 93/13 Cee del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, p. 370
- CABELLA PISU, Luciana, sub art. 1469 bis, 3° co., n. 1, 2, 15, e sub art. 1469 quinquies, 2° co., n. 1, 2, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore, Commentario al codice civile*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1998, p. 203
- CABELLA PISU, Luciana, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Trattato di diritto privato, IX, Obbligazioni e contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 231
- CACCAVALE, Ciro, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005
- CAFAGGI, Fabrizio, *Una governance per il diritto europeo dei contratti*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 371
- CALABRESI e MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, p. 617
- CALAMARI e PERILLO, *A plea for a uniform parol evidence rule and principles of contract interpretation*, in *Ind. L. J.*, 1967, p. 337
- CALAYS e AULOY, *L'influence du droit de la consummation sur le droit civil des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 239
- CALO', Emanuele, *Il ritorno della volontà. Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata*, Milano, 1999.
- CALVO, Roberto, *L'equilibrio normativo del contratto standard nella AGB-Gesetz*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1081
- CALVO, Roberto, *Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto standard*, in *Contr. impr. Europa*, 2001, p. 1
- CALVO, Roberto, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. impr. Europa*, 2003, p. 715
- CALVO, Roberto, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 869
- CALVO, Roberto, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXXIV, Padova, 2005, p. 249
- CALVO, Roberto, *Il Codice del consumo tra “consolidazione” di leggi e autonomia privata*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, p. 74

- CAMARDI, Carmela, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 715
- CAMARDI, Carmela, *La forma del contratto*, in M. Bessone, *Casi e questioni di diritto privato*, XXI, *Il contratto in generale*, a cura di R. Alessi e G. Grisi, II, Milano, 2002, p. 1369
- CAMARDI, Carmela, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549
- CAMARDI, Carmela, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 831
- CAMILLETTI, Francesco, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004
- CAMMARATA, Angelo E., *Formalismo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 1012
- CANDIAN, Albina D., *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, II, Milano, 1997, p. 955
- CANDIAN, Aurelio, *Documento e negozio giuridico*, I, Parma, 1925
- CANDIAN, Aurelio, *Effetti dell'accordo dei contraenti per la redazione in iscritto di un negozio già perfetto*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, p. 590
- CANDIAN, Aurelio, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, p. 37
- CANDIAN, Albina, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, II, Milano, 1997, p. 955
- CANNATA, Carlo A., *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 827
- CANNATA, Carlo A., *L'adempimento in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1984, p. 302
- CAPARRELLI, Piercarlo, *Forma volontaria e forma della procura*, in *Giur. it.*, 1975, I, p. 1155
- CAPECCI, Angelo, *Struttura e fine: la logica della teologia aristotelica*, L'Aquila, 1978
- CAPOBIANCO, Ernesto, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 261
- CAPOBIANCO e PERLINGIERI, *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009

CARBONE, Vincenzo, *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13/Cee*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 250

CARINGELLA, Francesco, *Sindacato sull'abusività della clausola*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di F. Caringella e G. De Marzo, Torino, 2007, p. 86

CARBONE, Vincenzo, *L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali ed elencazioni sistematiche*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 1309

CARFORA, Luigi, *Il contratto. Definizione*, disponibile sul sito <http://www.filodiritto.com/index.php?azione=articoli&aut=lucarfora&firmato=Luigi%20Carfora>

CARIOTA Ferrara, Luigi, *La forma dei contratti e i contratti sulla forma*, già in *Riv. not.*, 1948, I, p. 19, ora in *Scritti minori*, Napoli, 1986, p. 462

CARNELUTTI, Francesco, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, p. 220

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1938

CARNELUTTI, Francesco, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 509

CARONI, Pio, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998

CARPINO, Brunetto, *Sull'inefficacia dell'accettazione contrattuale*, in *Vita not.*, 2007, p. 1

CARRARA, Giovanni, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915

CARRESI, Franco, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 365

CARRESI, Franco, *Il Contratto*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano 1987, p. 119

CARRIERO, Giuseppe, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXXI, Torino, 2002, p. 118

CARRIERO, Giuseppe, *Il credito al consumo*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca*, Roma, 1998

CASELLA, Mario, *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1961

CASERTA, Ilaria, *La nozione di consumatore secondo la Cassazione*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 688

CASSANO, Giuseppe, *Condizioni generali di contratto e tutela del consumatore nell'era di Internet*, in *Diritto dell'internet*, 2007, I, p. 5

CASTRONOVO, Carlo, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. B. Portale, Milano, 1978, p. 500

- CASTRONOVO, Carlo, *I «principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm. e di obbl.*, 1995, p. 21 e
- CASTRONOVO, Carlo, in *Materiali e Commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 855 e in *Vita not.*, 2000, p. 1193
- CASTRONOVO, Carlo, *I principi di diritto europeo dei contratti come ipotesi di codificazione possibile*, in *Vita not.*, 2002, p. 1202
- CASTRONOVO, Carlo, *Verso un codice europeo: i principi di diritto europeo dei contratti*, in *Vita not.*, 2004, p. 18
- CASTRONOVO, Carlo, *Diritto privato generale e diritti secondi, la ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 417 e
- CASTRONOVO, Carlo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Diritto civile e diritti speciali, Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. Plaia, Milano, 2008, p. 5
- CASTRONOVO, Carlo, *Introduzione ai Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2011
- CATAUDELLA, Antonio, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966
- CATAUDELLA, Antonio, *Note in margine alla direttiva comunitaria sulle "clausole abusive"*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1994, p. 569
- CATELANI, Alessandro, sub *art. 1*, in AA.VV., *Codice del consumo. Commento al D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, 2006, p. 3
- CAVALLI, Gino, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. B. Portale, I Milano, 1978, p. 128
- CECERE, sub *art. 1469 bis 9-15*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di M. Barenghi, Napoli, 1996, p. 86
- CECCHERINI, Grazia, *Clausole abusive e contratto di assicurazione: verso un controllo di tipo sostanziale*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 908
- CECCHERINI, Grazia, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità, Artt. 1228-1229 in Il Codice Civile Commentato*, diretto F. D. Busnelli, Milano, 2003, p. 149
- CHECCHINI, Grazia, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 229
- CENDON, Paolo, *Commentario al codice civile*, Milano, 2009
- CENDON e ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 757

- CERDONIO Chiaramonte, Giuliana, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 241
- CERQUETTI, Paolo, *Le regole di interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, Perugia, 2008
- CERQUETTI, Paolo, *Rapporti tra forma e contenuto nell'interpretazione contrattuale*, in *Vita not.*, 2010, p. 409
- CERVELLI, Stefania, sub art. 33, comma 2, lettera q, in *I contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo*, a cura di E. Cesaro, Padova, 2007, p. 258
- CESARINI SFORZA, Wider, *Sulla relatività dei concetti giuridici*, in *Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto dell'Università di Roma*, II, 1941, p. 153
- CHEN e WISHART, *Consideration: practical benefit and the emperor's new clothes*, in *Good faith and fault in contract law*, a cura di G. Bateson e M. Friedmann, Oxford, 1995, p. 123
- CHERUBINI, Maria C., *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 695
- CHERUBINI, Maria C., *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, Torino, 2005
- CHINÈ, Giuseppe, *Il consumatore*, in AA.VV., *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 1997, p. 164
- CHINE', Giuseppe, *Contratti di massa (Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, App., I, Milano, 1997, p. 442
- CHINE', Giuseppe, *Contrattazione standardizzata*, in *Il contratto in generale*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2000, p. 556
- CHITTY, Joseph, *A practical treatise on the law of contracts not under seal and upon the usual defences to action thereon*, Worcester, 1955
- CHITTY, Joseph, *On contracts*, London, 1983
- CIAN, Giorgio, *Forma solenne e interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1969
- CIAN, Giorgio, *Il nuovo capo XIV-bis del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Stud. iuris*, 1996, p. 411
- CICU, Antonio, *Gli automi nel diritto privato*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1965, p. 315
- CIMBALI, Enrico, *Della capacità di contrattare*, in *Opere complete di Enrico Cimbali*, Torino, 1906, IV, p. 91
- CIRAIOLO, *Persona e ordine economico nel diritto interno e comunitario*, in *Contr. impr. Europa*, 2009, p. 708

CIVITARESE MATEUCCI, Stefano, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, p. 19.

CLARIZIA, Renato, *Il recesso*, in *Il contratto in generale*, in *Obbligazioni*, III, in *Diritto civile*, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, p. 599

COGNOLATO, Massimo, *Denuncia dei vizi nella vendita tra «nuova» e «vecchia» disciplina*, in *Obbl. e Contr.*, 2005, p. 304

COGNOLATO, Massimo, sub art. 1519 sexies c.c., in *Codice del consumo, Commentario* a cura di G. Vettori, 2007, p. 982

COHEN, Gail M., *Implied terms and interpretation in contract law*, in *Enciclopedia of law and economics*, Edward Elgar and the university of Ghent, 2004, p. 82

COLAGROSSO, Enrico, *Il libro delle obbligazioni*, Milano, 1943

COLLINS, Hugh, *Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2000, p. 211

COLLINS, Hugh, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 679

COLOMBINI, Edgardo, *L'avviso del sinistro nel regime dell'assicurazione r.c. auto*, in *Arch. Circol*, 1994, p. 368

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2005

CONTE, sub art. 2698 c.c., in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2008

CONSOLO, Claudio, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.* 1997, p. 475

CONTI, Roberto, *Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive*, in *Corr. giur.* 2005, p. 1750

CORBIN, Arthur L. *Corbin on contracts*, 1960

CORBIN, Arthur L. *The Interpretation of words and the parol evidence rule*, in *Cornell L. Quart.*, 1964, p. 164

CORBINO, Alessandro, *Negoziato e forma in età decemvirale. Una lezione*, in *Opuscola 3*, a cura di A. Adamo, Napoli, 1995, p. 8

CORBINO, Alessandro, *Diritto e storia: l'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*. Antologia a cura di A. Corbino e F. Milazzo, Padova, 1995

CORBINO, Alessandro, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 2006

CORDERO MOSS, Giuditta, *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law*, disponibile sul sito <http://folk.uio.no/giudittm/AngloAmerican%20Contract%20Models.pdf>

CORDERO MOSS, Giuditta, *Harmonised Contract Clauses in different business cultures, Key note lecture presented at the Conference on Private Law and the Many Cultures of Europe*, University of Helsinki 2006

CORDERO MOSS, Giuditta, *Boilerplateclauses, international commercial contracts and the applicable law*, Cambridge, 2011

CORRADINI, Domenico, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970

CORSO, Elena, *Della vendita dei beni di consumo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2005, p. 154

COSTANZA, Maria, *Riforma della disciplina legislativa delle condizioni generali di contratto*, in *Giust. civ.*, 1981, p. 538

COSTANZA, Maria, *La standardizzazione del contratto: attualità e prospettive future*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 549

COSTANZA, Maria, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 548

COSTANZA, Maria, *Coordinamento tra nuova e vecchia disciplina*, in *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C. M. Bianca, F. D. Busnelli, E. Bocchini e altri, in *Nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 751

COSTANZA, Maria, *La forma convenzionale tra regole di formazione e regole di adempimento*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 3197

COVIELLO, Leonardo, *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, Milano, 1902, p. 84.

COVIELLO, Leonardo, *In margine all'art. 1340 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 501

CRISCUOLO, Fabrizio, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995

CRISCUOLO, Fabrizio, *Il contratto*, Padova, 2002

CRISCUOLO, Fabrizio, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2008

CUFFARO, Vincenzo, (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Milano, 2008

D'AMICO, Giovanna, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 30

D'AMICO, Giovanna, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, VI, p. 625

D'ANGELO, Andrea, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, IV, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2004, p. 160

- D'ANGELO, Andrea, *Considerazioni minime in tema di limiti all'autonomia contrattuale*, in *Giur. Mer.*, 2006, XII, p. 2605
- D'ARCANGELO, Fabrizio, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, p. 929
- DALLA MASSARA, Tommaso, sub art. 1519 *nonies*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. Garofalo, V. Mannino, E. Moscati e P. M. Vecchi, Padova, 2003, p. 721
- DANANI, Carla, *La questione dell'oggettività ermeneutica di Emilio Betti*, Milano, 1998
- DE CRISTOFARO, Marco, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.* 1997, p. 475
- DE CRISTOFARO, Marco, *Quale tutela cautelare per le clausole abusive*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 727
- DE CRISTOFARO, Giovanni, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000
- DE CRISTOFARO, Giovanni, *Il codice del consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 747
- DE CRISTOFARO, Giovanni, *Il «cantiere aperto» codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal D. Legisl. 23 ottobre 2007, n. 2219*, in *Stud. iuris*, 2008, p. 266
- DE FRANCESCHI, Alberto, *Denuncia del difetto di conformità*, in *Stud. iuris*, 2008, p. 598
- DE MARTINO, Francesco, *Individualismo y derecho romano privado*, trad. a cura di F. Hinestrosa, Bogotá, 1991
- DE NEGRI, Rossella, *La tutela di matrice comunitaria nei confronti delle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Dir. comm. internaz.*, 1998, p. 173
- DE NEGRI, Rossella, *Clausole vessatorie: direttiva comunitaria e prassi italiana*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2001, p. 835
- DE NOVA, Giorgio, *Nullità relativa e nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 485
- DE NOVA, Giorgio, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in *I contratti di informativa*, diretto da G. Alpa e Z. Zencovich, Milano, 1987
- DE NOVA, Giorgio, *Le condizioni generali di contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1995, X, p. 136
- DE NOVA, Giorgio, *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 211

- DE NOVA, Giorgio, *Le top ten del titolo sui contratti in generale*, in *Contratti*, 2004, p. 977
- DE NOVA, Giorgio, *The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 9
- De Nova, Giorgio, *Il recesso*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, II, Milano, 2008, p. 692
- DE NOVA, Giorgio, *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 27
- DE POLI, Matteo, *Liberio mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, VI, p. 757
- DE POLI, Matteo, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002
- DE ROSA, Roberto, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011
- DE SIMONE, Francesco, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Napoli, 2005
- DEL MAR HERAS, Hernandez, *La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo*, in *Rev. der. priv.* 2005, p. 5
- DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, Maria, *Las clausulas de restriccion probatoria o merger clauses en los contratos internacionales*, disponibile sul sito <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/merger.html>
- DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, Maria, *Modification and termination of the contract (art. 29 CISG)*, in *J. L. Com.*, 2005, p. 167
- DELFINI, Francesco, *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto*, in *Contratti*, 1977, p. 255
- DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *Consumatore, imprenditore debole e principio di uguaglianza*, in *Contr. impr. Europa*, 2003, p. 749
- DELOGU, Lucia, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000
- DELOGU, Lucia, *Anche in Italia un codice del consumo*, in *Contr. impr. Europa*, 2003, p. 1349
- DELOGU, Lucia, *Il carattere imperativo della disciplina*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di M. Bin e A. Luminoso, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di F. Galgano, XXXI, Padova 2003, p. 536
- DELOGU, Lucia, *Leggendo il codice del Consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, p. 87
- DENICOLA, Robert, *The law of contracts: pearls of wisdom*, Boston, 2002
- DESIDERIO, Luigi, *Clausole abusive: la tutela del contraente nella normativa Cee*, in *Società e dir.*, 1994, p. 266

- DI GIOVANNI, Francesco, *Accordi sulla forma e accordi sulla documentazione del futuro negozio giuridico*, in *La forma degli atti del diritto privato*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Roma-Napoli, 1988, p. 91
- DI GIOVANNI, Francesco, *Il tipo e la forma*, Padova, 1992
- DI GIOVANNI, Francesco, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno E. Gabrielli, II, Torino, 1999, p. 885
- DI MAJO, Adolfo, *Il controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 1
- DI MAJO, Adolfo, *La c.d. predisposizione unilaterale nei contratti conclusi mediante la adozione di moduli o formulari*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 331
- DI MAJO, Adolfo, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 256
- DI MAJO, Adolfo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 9
- DI MAJO, Adolfo, *Proposte e scelte dei progetti di recepimento*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di G. Alpa e C. M. Bianca, Padova, 1996, p. 335
- DI MAJO, Adolfo, *Il contratto precostituito: le condizioni generali di contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 1998, p. 605
- DI MAJO, Adolfo, *Clausole vessatorie e rischi assicurativi: un difficile confine*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 386
- DI MARCO, Giampaolo, *Commento all'art. 1519 sexies c.c.*, in *La vendita dei beni di consumo. Commentario breve agli artt. 1519 bis ss. c.c.*, a cura di C. Berti, Milano, 2004, p. 75
- DI MARCO, Giampaolo, *Forma e formalismo in tema di denuncia di conformità nella vendita dei beni di consumo*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 511
- DI MARCO, Giampaolo, *La denuncia di non conformità nel codice del consumo*, in *P. Q. M.*, 2007, p. 143
- DI MARZIO, Fabrizio, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395
- DI MARZIO, Fabrizio, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 721
- DI MARZIO, Fabrizio, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 681
- DI MATTEO, Larry A., *International sales: a critical analysis of CISG jurisprudence*, Cambridge, 2011

- DI MATTEO, Larry A., *The law of international contracting*, L'Aja, 2000
- DI PAOLO, Gianni M., *La forma del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 172
- DI RAIMO, Raffaele, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003
- DIETER, Henrich, *Il contratto in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, VI, p. 643
- DIEZ PICAZO, *Derecho y massificacion social*, Madrid, 1979, p. 29
- DISTASO, Nicola, *Autonomia privata e ordinamento giuridico. Il concetto di causa*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, II, Torino, 1980, p. 717
- DISTASO, Nicola, *I principi giuridici fondamentali del sistema contrattuale. La libertà contrattuale e i suoi limiti*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, I, Torino, 1980, p. 38
- DISTASO, Nicola, *La forma*, in *I contratti in generale*, II, 1985, p. 855
- DONATI, Alberto, *Giusnaturalismo e diritto europeo: human rights e Grundrechte*, Milano, 2002
- DORE, Carlo, *Appunti in tema di condizioni generali di contratto e clausole vessatorie*, in *Riv. giur. sarda*, 2004, p. 30
- DOSSETTO, Mario, *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, Padova, 1951
- DUBOUT, Hubert, *Les clauses d'entire agrément (accord complete) dans les contrats internationaux: intérêt et précautions d'utilisation*, in *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1989, I, p. 193
- EISELEN, Sieg, *Remarks on the manner in which the Principles of european contract law may be used to interpret or supplement article 29 of the CISG*, disponibile su <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp29.html>
- ELKSTROM, Karim M., *Revisiting the family tree: historical and future consumer behavior research*, in *Academy of Marketing Science Rev.*, 2003, p. 1
- EMANUEL, Steven, *Contracts*, New York, 2006
- EPSTEIN, Richard A., *Behavioral Economics: Human Error and Market Corrections*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2003, p. 111
- ERNOUT e MEILLET, *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, Paris, 1959
- ESPOSITO, Marco, *La tutela del consumatore tra codice civile e Costituzione*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 181
- ESPOSITO, Marco, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003
- FABRIS, Giampaolo, *Consumatore e mercato*, Milano, 1995
- FABRIS, Giampaolo, *Il nuovo consumatore: verso il postmoderno*, Milano, 2003

FAIRBAIRN, John, *Entire agreement clauses*, in *Mondaq Business Briefing* disponibile sul sito

http://www.claytonutz.com/publications/newsletters/litigation_and_dispute_resolution_in_sights/20090709/entire_agreement_clauseswhat_do_they_seek_to_do_do_they_work.pagine

FALINI, R., *Considerazioni sulla "clausola salvo approvazione della casa" sul contratto concluso mediante esecuzione e sulla proposta irrevocabile senza la prefissione di un termine*, in *Rass. giur. umbra*, 2000, p. 421

FALZEA, Angelo, *Accertamento* (Teoria generale), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 208

FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1988

FALZEA, Angelo, *A chiusura delle celebrazioni cinquantenarie del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 21

FALZONE CALVISI, Maria G., *Il "taglia e incolla" non si addice al legislatore*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, p. 103

FANELLI, Giuseppe, *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, p. 18

FANELLI, Giuseppe, *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1981, p. 14

FARNETI, Marcello, *Contratti del consumatore*, in *Stud. iuris*, 2008, p. 1444

FARNETI, Marcello, *La vessatorietà delle clausole principali nei contratti del consumatore*, Padova, 2009

FARNSWORT, Edward A., *On contracts*, Aspen, 2004

FAVALE, Rocco, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Napoli, 1994

FAVALE, Rocco, *La corte di cassazione erige il mausoleo delle forme volontarie*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 907

FAVALE, Rocco, *Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di Studi in onore di Alberto Burdese*, diretto da L. Garofano, Padova, 2003, I, p. 1

FAVALE, Rocco, *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto: forma di protezione o di pregiudizio?*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di F. Addis, Milano, 2008, p. 255

FAVALE, Rocco, *Forme per la validità del contratto e tutela dei contraenti*, in *Contr. impr. Europa*, 2008, p. 973

FAZIO, Eugenio, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011

FEDE, Alessandro, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2010, p. 304

FEDELE, Alfredo, *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943

FEINMAN, Jay M., *Promissory estoppel as an independent theory of recovery*, in *Rutgers L. Rev.*, 1983, p. 472

FERRI, Giovanni B., *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 347

FERRI, Giovanni B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. del 1865 al cod. civ. del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, p. 127

FERRI, Giovanni B., *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadr.*, 1987, p. 313

FERRI, Giovanni B., *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, p. 421

FERRI, Giovanni B., *Capacità e oggetto del negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*; in *Quadr.*, 1989, p. 11

FERRI, Giovanni B., *Forma e contenuto negli atti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, p. 1

FERRI, Giovanni B., *L'impresa agricola nel sistema del progetto del codice di commercio*, in *Scritti giuridici*, Napoli, I, 1990, p. 14

FERRI, Giovanni B., *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994

FERRI, Giovanni B., *La cultura del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 849

FERRI, Giovanni B., *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1999

FERRI, Giovanni B., *Il Code Europeen des Contrats*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 356

FERRI, Giovanni B., *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.*, 2004, p. 1

FERRI e ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997

FIORI, Roberto, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003, p. 233

FLETCHNER, Harry M., *More U.S decision on the U.N. Sales Convention: scope, parole evidence, "validity" and reduction of price under article 50*, in *J. L. & Com.*, 1995, p. 153

FLORIO, Paolo, *Professionista e consumatore, un discrimine formalista?*, in *Giur. it.*, 2002, p. 543

- FLUME, Werner, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hundert Jahre deutsches rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Bd. 1; Karlsruhe, 1960, p. 141
- FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, trad. a cura di C. Gonzalez e M. Gomez, Madrid, 1998
- FONTAINE, Marcel, *La redazione dei contratti internazionali a partire dall'analisi delle clausole*, Milano, 2008
- FRAGALI, Michele, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1948, I, p. 415
- FRAGALI, Michele, *Clausole, frammenti di clausole, rapporto tra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, p. 312
- FRANCESCHELLI, Vincenzo, *Premesse generali per uno studio dei rapporti contrattuali di fatto nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662
- FRANZONI, Massimo, *Degli effetti del contratto*, II, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 308
- FRATTINI, Franco, *Un codice europeo dei contratti: un'altra tappa verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza, e giustizia nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, IV, p. 403
- FREEMAN e GOODENOUGH, *Law, mind and brain*, Ashgate, 2009
- FROSINI, Vittorio, *Formalismo e morfologia nell'interpretazione del negozio giuridico*, in *La forma degli atti di diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Roma-Napoli, 1988, p. 235
- FUCCILLO, Guido, *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, Napoli, 2002
- FULLER, Lon L., *Consideration and form*, in *Colum. L. Rev.*, 1941, p. 799
- FULLER e PERDUE, *The reliance interest in contract damages*, in *Yale L. J.*, 1936, p. 52
- GABRIELLI, Giovanni, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1977, I, p. 260
- GABRIELLI, Giovanni, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985
- GABRIELLI, Giovanni, *L'oggetto del contratto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2001, p. 5
- GABRIELLI, Giovanni, *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 328
- GABRIELLI e ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Aggiornamento, Torino, 2000, p. 225

- GABRIELLI e PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.* XXXIX, Milano 1988, p. 27
- GALANTINI, Carlo F., *Attuazione della direttiva Cee 93/13 sulle «clausole abusive» e riflessi sul contratto assicurativo*, in *Assic.*, 1996, p. 200
- GALASSO, Alfredo, *Autonomia dei privati e misure di riequilibrio contrattuale con riguardo alle clausole vessatorie*, in *Lecture di Giurisprudenza*, Torino, 2009
- GALGANO, Francesco, *Come fare le leggi civili?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 315
- GALGANO, Francesco, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 58
- GALGANO, Francesco, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 422;
- GALGANO, Francesco, *Atlante di diritto comparato*, Bologna, 1998
- GALGANO, Francesco, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 923
- GALGANO, Francesco, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002
- GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004
- GALGANO, Francesco, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr. Europa*, 2005, p. 509
- GALGANO, Francesco, *Un codice per il consumo*, in *Vita not.*, 2007, p. 50
- GALGANO e VISINTINI, sub artt.1372-1386, *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1993
- GALIZIA, Alberto, *Industrialismo e nuove forme contrattuali*, Napoli, 1900
- GALLO, Filippo, *Riflessioni sulla funzione della scriptura in C. 4, 21, 17*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, p. 411
- GALLO, Paolo, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 641
- GALLO, Paolo, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da P. Gallo, II, Torino, 2010, pp. 1127-1148
- GAMBARO, Antonio, *Perché si vessa il cliente. Note ed appunti di un itinerario tra i modelli occidentali*, in *Quadr.*, 1991, p. 397
- GAMBARO, Antonio, *Consumo e difesa dei consumatori. Un'analisi economica*, Milano, 1994
- GAMBINO, Silvio, *Verso la formazione di un diritto comune europeo: metodo comparatistico e ricerca costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 39

- GAMBINO, Maria L., *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 2605
- GANDOLFI, Giuseppe, *Clausole generali*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403
- GANDOLFI, Giuseppe, *L'unificazione del diritto dei contratti in Europa mediante o senza legge?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 129
- GANDOLFI, Giuseppe, *Per la redazione di un codice europeo dei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, p. 1073
- GARATTI, Francesca, *Forma del termine per la stipula del contratto definitivo*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, p. 18
- GARATTI, Francesca, *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 641
- GASCHE', Rodolphe, *The idea of form. Rethinking Kant's aesthetics*, Stanford, 2003
- GAZZONI, Francesco, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm e dir. obblig*, 2002, p. 661 e Id., in *Studi in onore di Cesare Maria Bianca*, Milano, 2006
- GAZZONI, Francesco, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2003
- GENNARI, Giuseppe, *Brevi note sugli effetti del formalismo convenzionale*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 446
- GENOVESE, Anteo, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949
- GENOVESE, Anteo, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954
- GENOVESE, Anteo, *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1986, p. 806
- GENOVESE, Anteo, *Contratto di adesione*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 2
- GENOVESE, Andrea, *Contratto standard e comune intenzione delle parti*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 1022
- GENOVESE, Andrea, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008
- GENTILI, Aurelio, *La regola della forma e la forma della regola*, in *La forma degli atti di diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 373
- GENTILI, Aurelio, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto "atipico"*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, p. 238
- GENTILI, Aurelio, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 403
- GENTILI, Aurelio, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 555

GENTILI, Aurelio, *Codice del consumo ed esprit de géometrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159

GHESTIN, Jacques, *Traité du droit civil, Les obligations. Le contract*. Paris, 1980

GIAMPICCOLI, Giorgio, *Dichiarazione recettizia*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 385

GIAMPIERI, Alberto, *L'attuazione della direttiva sulle clausole abusive negli stati dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 551

GIANNATASIO, Carlo, *Vendita: II) vendita salvo approvazione della casa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, p. 1

GIOFFREDI, Carlo *Diritto e processo nelle forme giuridiche romane*, Roma, 1955

GIORDANO, Alessandro, *I contratti per adesione*, Milano, 1951, p. 125

GIORGIANNI, Michele, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.*, 1961, p. 390

GIORGIANNI, Michele, *Forma degli atti (dir. priv)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 994 e ID, in *Scritti minori*, Napoli, 1988

GIORGIANNI, Michele, *Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase di formazione del consenso*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 1203

GIOVANNUCCI e ORLANDI, *Procedural law issues and Uniform Law Conventions*, in *Rev. dr. unif.*, 2000, p. 32

GITTI, Gregorio, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999

GITTI, Gregorio, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 16

GITTI, Gregorio, *Vecchi e nuovi confini dell'autonomia contrattuale*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, a cura di F. Macario, e M. N. Miletta, Milano, 2006, p. 391

GITTI e DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 471

GIUGGIOLI, Pier Filippo, *La forma del recesso da contratti formali*, in *Contratti*, 2001, p. 225

GOBBATO, Monica, *La tutela del consumatore*, Macerata, 2007

GOMES, Orlando, *Contrato de Adesao; condicoes gerais dos contratos*, San Paolo, 1972

GOMEZ SALVAGO SANCHEZ, *La forma volontaria del contracto*, Valencia, 1999

GORDLEY, James, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, 1991

GORDLEY, James, *An american perspective on the Unidroit principles. Centro studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1996

- GORGONI, Marilena, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005
- GORLA, Gino, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale*, in *Jus*, 1953, p. 300
- GORLA, Gino, *Il contratto*, I, Milano, 1954
- GORLA, Gino, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari* in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 108 e Id., in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 49
- GORLA, Gino, *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255
- GRANELLI, Carlo, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. e Contratti*, 2010, p. 731
- GRANIERI, Massimiliano, *Contratti dei consumatori: verso una stabilizzazione degli strumenti di tutela?*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 905
- GRASSETTI, Cesare, *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 184
- GRASSETTI, Cesare, *Intorno al principio di gerarchia delle norme di interpretazione*, in *Foro it.*, 1941, I, p. 512
- GRASSO, Biagio, *La forma tra «regola» ed «eccezione» (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 49
- GRASSO, Biagio, *Formalismo giuridico e sapere del civilista*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 358
- GRECO, Fernando, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005
- GRISI, Giuseppe, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999
- GRISI, Giuseppe, *Lo «ius poenitend»i tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 569
- GROSSI, Paolo, (a cura di), *La seconda scolastica nel diritto privato moderno*, Milano, 1973
- GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma e Bari, 1997
- GROSSI, Paolo, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto. Quaderni di diritto privato europeo Atti*, 1 Incontro di studio Bari 4 dicembre 2007, a cura di M. Lobuono, Bari, 2009, p. 17
- GROSSO, Giuseppe, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Milano, 1948, p. 113

GROSSO, Giuseppe, *Riflessioni su ius civile, ius gentium, ius honorarium nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, Milano, 1973, p. 440

GROSSO, Giuseppe, *La concretezza della giurisprudenza romana*, *Index*, V, 1979, p. 14

GROZIO, Hugo, *The jurisprudence of Holland*, trad. a cura di J. Lee, Oxford, 1953

GRUA, Francois, *Le Code civil, code résiduel*, in *Riv. trim. dr. civ.*, 2005, p. 253

GRUNDMANN, Stefan, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 271

GRUNDMANN, Stefan, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365

GUARINO, Giuseppe, *Quale Costituzione*, Milano, 1986

GUASTINI, Riccardo, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 539

GUERINONI, Ezio, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007

GUGLIELMETTI, Giovanni, *I contratti normativi*, Padova, 1968

GUGLIERI SIERRA, José, *La forma en los negocios jurídicos su valor*, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, separata dal vol. VI, Madrid, 1990, p. 256

GUIZZI, Giuseppe, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela del consumatore. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 479

HADFIELD, Gillian K., *Incomplete Contracts and Statutes*, in *Int. Rev. Law and Econ.*, 1992, p. 257

HADJIYANNAKIS, Helen, *The parol evidence rule and implied terms: the sound of silence*, in *Fordham L. Rev.*, 1985, p. 38

HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, Paris, 1910. p. 211

HART e MOORE, *Incomplete Contracts and Renegotiation*, in *Econometrica*, 1988, p. 755

HART e DIETER, *Un caso esemplare: la giurisprudenza sulle condizioni generali di contratto*, in *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, diretto da M. Barcellona, D. Hart, U. Muckenberger, Bari, 1973, p. 144

HARTKAMP, Arthur, *Formation of contracts according to the principles of european contract law*, in *Papers dedicated to Ole Lando*, Copenhagen, 1997, p. 180

HAUPT, Gunter, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941

HERMALIN e KATZ, *Judicial Modification of Contracts Between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach*, in *J. L. Econ & Org.*, 1993, p. 230

- HESSELINK, Matthijs K., *European Contract Law: a Matter of Consumer Protection, or Justice*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper n. 4/2006, in <http://ssrn.com/abstract=946727>
- HILLMAN, Robert A., *Policing contract modification under the U.C.C.: good faith and the doctrine of economic duress*, in *Iowa L. Rev.*, 1979, p. 849
- HILLMAN, Robert A., *A study of Uniform Commercial Code methodology: contract modification under article two*, in *N. Cal. L. Rev.*, 1981, p. 335
- HILLMAN, Robert A., *Standards for revisiting article 2 of the U.C.C.: the Nom Clause model*, in *Wm & Mary L. Rev.*, 1994, p. 1509
- HILLMAN, Robert A., *Article 29 (2) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods- A new effort at clarifying the legal effect of “no oral modification” clauses*, disponibile sul sito <http://www.cisg.law.pace.edu/>
- HILLMAN, Robert A., *How to create a commercial calamity*, disponibile sul sito http://scholarship.law.edu/l srp_papers/35
- HINESTROSA, Fernando, *Des principes généraux du droit aux principes généraux des contrats*, in *Unif. L. Rev.*, 1998, p. 501
- HOFMEISTER, Herbert, *Certezza del diritto e tutela del consumatore tramite forma nel diritto nazionale ed europeo*, in *Riv. not.*, 1995, p. 389
- HONDIUS, Ewoud, *Towards a European Civil Code, the debate has started*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 1997, p. 455
- HONNOLD, John, *The New Uniform Law for International Sales and the UCC: A Comparison*, in *Int'l Law*, 1984, p. 21
- HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales*, L'Aja, 1999
- HORWITZ, Morton J., *The historical foundation of modern contract*, Harvard, 1974
- HROMADKA, Wolfgang, *Clausole di forma scritta e condizioni generali di contratto nel diritto tedesco*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 593
- HROMADKA, Wolfgang, *Schriftformklauseln und AGB-Recht*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di F. Addis, Milano, 2008, p. 161
- IANNACCONE, Giuseppe, sub art. 1469 bis, c. 3, nn. 4 e 20, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 2003, p. 229
- IRTI, Natalino, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 799
- IRTI, Natalino, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 145
- IRTI, Natalino, *Norme e fatti*, Milano, 1984

- IRTI, Natalino, *Il contratto tra faciendum e factum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 938
- IRTI, Natalino, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 549
- IRTI, Natalino, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, Milano, 1988
- IRTI, Natalino, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1989, p. 456
- IRTI, Natalino, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991
- IRTI, Natalino, *I cinquant'anni del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 227.
- IRTI, Natalino, *L'insegnamento della storia del diritto nella facoltà di giurisprudenza*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco, I*, Milano, 1994, p. 634
- IRTI, Natalino, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997
- IRTI, Natalino, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347
- IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999
- IRTI, Natalino, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1139
- IRTI, Natalino, *Lo scambio dei foulards*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601
- IRTI, Natalino, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2001
- IRTI, Natalino, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004
- IRTI, Natalino, *Codici di settore: compimento della decodificazione?*, in *Dir. e soc.*, 2005, p. 131
- IRTI, Natalino, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 3
- IRTI, Natalino, *S-confinatezza*, in *Studi G. Marinucci*, Milano, 2006, p. 2925
- IRTI, Natalino, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007
- JANNARELLI, Antonio, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, diretto da N. Lipari, III, Padova, 2003, p. 48
- JHERING, Rudolf von, *Lo scopo del diritto*, Torino, 1972
- JORI, Mario, *Formalismo giuridico*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 425
- KELSEN, Hans, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S. L. Paulson, Napoli, 1992, p. 41
- KENNEDY, Duncan, *Legal formality*, in *J. Leg. St.*, 1973, p. 351
- KENNEDY, Duncan, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in *Harv. L. Rev.*, 1976, p. 1685

- KENNEDY, Duncan, *La funzione ideologica del tecnicismo nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 317
- KLASS, Gregory, *Contract law in Usa*, New York, 2010
- KLESTA Dosi, Laurence, *Il controllo sulle clausole abusive: la Direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese e inglese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 426
- KORNHAUSER, Lewis A., *Unconscionability in Standard Forms*, *Cal. L. Rev.*, 1987, p. 1176
- KOROBKIN, Russell, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts and Unconscionability*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2003, p. 1203
- KOTEICH, Neme e Cortés, *Formalismo negocial romano y neoformalismo*, in *Rev. der. priv.*, 2005, pp. 129-130
- KRITZER, Albert, *International contract manual. Guide to practical applications of the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Boston, 1989
- LA PORTA, Ubaldo, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 529
- LA PORTA, Ubaldo, *Globalizzazione e diritto: regole giuridiche e diritto*, Napoli, 2007
- LA SPINA, Antonio, *Funzionalismo e neoformalismo nell'interpretazione del diritto: teoria sistemica o ideologica?*, in *Soc. dir.*, 1998, p. 59
- LA TORRE, Antonio, *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in *Assic.*, 1996, p. 129
- LA TORRE, Mario, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, p. 400
- LA TORRE, Antonio, *La forma dei negozi risolutori*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 154
- LAJOYE, Cristophe, *De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, disponibile sul sito <http://www.unicaen.fr/recherche/mrsh/files/pdf/c1Lajoye.pdf>
- LAMORGESE, Antonio, *Clausole abusive e criteri di rilevazione: un itinerario giurisprudenziale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 509
- LANDINI, Sara, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008
- LANDO, Ole, *European contract law*, in *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, diretto da L. Moccia, Milano, 1993
- LANDO e BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, prep. by The Commissione on European Contract Law*, London-Boston, 2000

- LANGLEY e MARTIN, *Boilerplate terms, rules of interpretation and developments in drafting contracts*, disponibile sul sito <http://www.jw.com/publications/article/904>, p. 16
- LANZILLO, Raffaella, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 309
- LAPERTOSA, Flavio, *La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l'avvento della nuova disciplina sulle clausole vessatorie*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 357
- LAPERTOSA, Flavio, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 709
- LAVAGGI, Giuseppe, *Osservazioni sul recesso unilaterale dal contratto*, in *Foro it.*, 1950, I, p. 1054
- LECCESE, Eva, *Nozione e contenuto del contratto, in la subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998, p. 3
- LENER, Raffaele, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano, 1996
- LENER, Raffaele, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 145
- LENER e BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in *I contratti del consumatore*, diretto da E. Gabrielli ed E. Minervini, Torino, 2005
- LEPAGE, Agathe, *Les paradoxes du formalisme informatif*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004
- LETSAS, George, *Current legal problems*, 2010, Oxford
- LEWISON, Michael, *The interpretation of contracts*, London, 1997
- LIGHTMAN, J., *Entire agreement clauses*, in *Lloyd's Rep.*, 2000, p. 611
- LIPARI, Nicolò, *"Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1
- LIPARI, Nicolò, (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 133.
- LIPARI, Nicolò, *Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 515
- LIPARI, Nicolò, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1.
- LISERRE, Antonio, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966
- LISERRE, Antonio, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale: profili preliminari*, Milano, 1971

- LISERRE, Antonio, *Forma degli atti*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, .p. 2
- LISERRE, Antonio, *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, p. 17
- LISERRE, Antonio, *Il formalismo volontario*, in *Il contratto in generale*, III, in *Trattato diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, III, a cura di G. Alpa, U. Breccia e A. Liserre, Torino, 1999, p. 467
- LISERRE, Antonio, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 153
- LITTLE, Ian M. D., *A critique of welfare economics*, Oxford, 1957
- LLOYD, Antony C., *Form and universal in Aristotle*, Liverpool, 1981
- LOBO, Pablo, *Condicoes gerais do contraltos e clausulas abusivas*, San Paolo, 1991, p. 12
- LOMBARDI, Olga, *Forma legale e tecniche formative del contatto: la disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Roma-Napoli, 2005, p. 57
- LUCARELLI, Francesco, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970
- LUCCHESI, sub art. 33, 2° co., lett. q, *Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 312
- LUCCHINI Guastalla, Emanuele, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 379
- LUMINOSO, Angelo, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980
- LUPO, Nicola, *Dai testi unici "misti" ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione*, in *Stud. iuris*, 2004, p. 157
- LURGER, Brigitta, *The future of European Contract Law Beteen Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2005, p. 442
- MACARIO, Francesco, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, p. 872
- MACIOCE, Francesco, *Appunti sulla forma degli atti unilaterali. Sul principio di libertà delle forme*, in *La forma degli atti del diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Roma-Napoli, 1988, p. 91
- MACQUEEN, HOGG e HOOD, *Muddling through? Legal response to e-commerce from the perspective of a mixed sysren*, Vermandem 1998
- MAGGIOLO, Marcello, *Un problema delle clausole vessatorie: tassatività e linguaggio giuridico*, in *Banca, borsa tit. cred*, 1991, I, p. 75
- MAGGIOLO, Marcello, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996

MAGGIOLO, Marcello, *Predisposizione e scambi senza accordo nei contratti bancari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2002, I, p. 31

MAFFEIS, Daniele, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1996, p. 418

MAIORCA, Carlo, *Vicende giuridiche*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 708

MAIORCA, Sergio, *Contratto standard*, in *Noviss. dig. it.*, App., III, Torino, 1980, p. 618

MANESCHI, Adriano, *La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie: la protezione del consumatore realizzata dalla L. 6-2-1996, n. 52 in attuazione della direttiva comunitaria 93/13/CEE*, Milano, 1997

MANIACI, Arturo, *Clausola penale eccessiva: inefficacia o riducibilità?*, in *Contratti*, 2005, p. 1113

MANTELLO, Marco, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, p. 139

MARELLA, Maria Rosaria, *The Old and New Limits of Freedom*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2006, p. 257

MARICONDA, Vincenzo, *Cassette di sicurezza: ancora sulla clausola n. 2 delle norme bancarie uniformi*, in *Corr. giur.*, 1988, p. 499

MARICONDA, Vincenzo, *Il codice del consumo*, in *Corr. merito*, 2006, p. 15

MARINI, Giuseppe, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 288

MARINI, Giuseppe, *La causa del contratto*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *I contratti in generale*, VI, Torino, 2000, p. 1

MARIOTTI e SERPETTI, *Le clausole vessatorie nei contratti di assicurazione*, Milano, 2011

MASUCCI, Silvia T., *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, p. 2.

MASUCCI, Silvia T., *La forma*, in *Trattato diritto privato europeo*, diretto da N. Lipari, Padova, 2003, p. 575

MATTEI, Ugo, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed uguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 624

MAZEAUD, Denis, *L'attraction du droit de la consommation*, in *Rev. trim. dr. comp.*, 1998, p. 95

MAZZAMUTO, Salvatore, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 45

- MAZZAMUTO, Salvatore, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 44
- MAZZAMUTO, Salvatore, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 51
- MAZZAMUTO, Salvatore, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr. Europa*, 2005, p. 534
- MAZZAMUTO, Salvatore, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 591
- MCCORMICK, Charles T., *The parol evidence rule as a procedural device for control of the jury*, in *Yale L. J.*, 1932, p. 365
- MCMEEL, Gerard, *Prior negotiations and subsequent conduct- the next step forward for contractual interpretation*, in *Law Quart. Rev.*, 2003, p. 272
- MCMEEL, Gerard, *Construction of contracts and the role of "entire agreement" clauses*, in *Cap. Markets L. J.*, 2008, p. 64
- MELILLO, Generoso, *Patto*, in *Dig. civ.* Torino, 1988, p. 480
- MENGONI, Luigi, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996
- MENGONI, Luigi, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 1
- MENGONI, Luigi, *Problemi di integrazione della disciplina dei contratti del consumatore nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1998, III, p. 2
- MENGONI, Luigi, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, p. 23
- MENICHINO, Cristina, *Clausole abusive nei contratti del consumatore: una comparazione tra il diritto italiano e brasiliano*, in *Contratti*, 2004, p. 1147
- MESSINA, Maria F., *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Torino, 2004
- MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952
- MESSINEO, Francesco, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.* IX, Milano, 1961
- MESSINEO, Francesco, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, I, 1973, p. 135
- MESSINETTI, Davide, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, p. 13
- METZGER, Michael B., *The parol evidence rule: promissory estoppel's next conquest?*, in *Vand. L. Rev.*, 1983, p. 1392

- MEYER, Olaf, Meyer, *Die privatautonome Abbedingung der vorvertraglichen Abreden*, RABELS Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2008 *Privatautonome Abbedingung*, 2008, p. 72
- MICHAELS, Walter Benn, *Against formalism: the autonomous text in legal and literary interpretation*, in *Poetics T.*, 1979, p. 23
- MINNITI, Giuseppe, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadr.*, 1993, p. 442
- MISTELIS, Loukas A., *Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform - Some Fundamental Observations*, in *Int' l Law*, 2000, p. 1055
- MOCCIA, Luigi, *Promessa e contratto (spunti storico-comparativi)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, III, p. 824
- MODICA, Lara, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008
- MONATERI e SACCO, *Il contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 138
- MONATERI, Piergiuseppe, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition"*, in *Hastings L. J.*, 2000, p. 37
- MONATERI, Piergiuseppe, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409
- MONATERI, Piergiuseppe, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p.494
- MONINA, Maurizio, *Le condizioni generali di contratto*, in *I contratti in generale*, in Trattato Bigiavi, diretto da G. Alpa e M. Bessone, III, Torino, 1991, p. 227
- MOORE, Michael, *A natural law theory of interpretation*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1985, p. 277
- MORELATO, Elisa, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 592
- MORELATO, Elisa, *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006
- MORELATO, Elisa, *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di G. Bonilini e M. Confortini, Milano, 2008, p.312
- MORELLO, Umberto, *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 337
- MOSCARINI, Lucio V., *Diritti e obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato ed interessi pubblici*, I, Milano, 2001, p. 347

- MOSCATI, Enrico, *Autonomia privata, libertà del consenso e giustizia contrattuale*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, diretto da V. Scalisi, Milano, 2007, p. 573
- MOSCATI, Enrico, *La forma del contratto*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari N., P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III, *Obbligazioni*, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 372
- MOSSA, Lorenzo, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, p. 432
- MUELLER e GRAFF, *Les perspectives d'un droit commun européen*, in *Rev. aff. europ.*, 1998, p. 242
- MURDOCH e HUGES, *Construction contracts: law and management*, Londra, 1992, p. 139
- MURRAY, John E., *The parol evidence process and standardized agreements under the Restatement (second) of contracts*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1975, p. 1342
- NANIA, Roberto, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989
- NAPOLITANO, Giulio, *Con la modifica al codice civile proibite le clausole vessatorie*, in *Guida dir.*, 1996, p. 51
- NAVARRETTA, Emanuela, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 5
- NAVARRETTA, Emanuela, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 514
- NATALE, Andrea, *La rinuncia alla forma convenzionale*, in *Contratti*, 2000, p. 876
- NEWELL, Douglas K., *Cleaning up U.C.C. Section 2-209*, in *Idaho L. Rev.*, 1990, p. 487
- NICHOLLS, Donald, *My kingdom for a horse: the meaning of words*, in *Law Quar. Rev.*, 2005, p. 577
- NICOLO', Rosario, *La relatio nei negozi formali*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, III, Napoli 1972
- NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 1379;
- NICOLUSSI, Andrea, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 942
- NISSOLINO, Laura, *Le clausole abusive nei contratti. Condizioni generali di contratto e strumenti di tutela del contraente debole*, Milano, 2004

- NUZZO, Mario, *Predisposizione di clausole e procedimento del contratto*, in *Studi in onore di Francesco SantoroPassarelli*, III, Napoli, 1972, p. 547
- NUZZO, Mario, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, p. 239
- OPPO, Giorgio, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Padova, 1943
- OPPO, Giorgio, *Note sull'istituzione dei non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 88
- OPPO, Giorgio, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525
- OPPO, Giorgio, *Categorie concettuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 49
- ORESTANO, Andrea, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 467
- ORESTANO, Andrea, *Intese prenegoziali a struttura "normativa" e profili di responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 70
- ORESTANO, Andrea, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti dei consumatori» e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 501
- ORESTANO, Andrea, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000
- ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1953
- ORMANNI, Angelo, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1965, p. 555
- ORSINGHER, Chiara, *Il servizio dalla parte del cliente. Un approccio cognitivo all'esperienza di consumo*, Roma, 2000
- OSTI, Giuseppe, *Forma (negli atti)*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, 1, Milano, 1923, p. 200
- OSTI, Giuseppe, *Il contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 512
- OSTI, Giuseppe, *Contratto*, in *Scritti giur.*, II, Milano, 1973, p. 808
- PACE, Alessandro, *Libertà del mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 327
- PACE, Alessandro, *Costituzione europea e autonomia contrattuale. Indicazioni ed appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 1
- PADFIELD, Alison, *The impact of EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, in *J. Int'l B. L.*, 1995, p. 195
- PAGLIANTINI, Stefano, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, 2004, p. 105

PAGLIANTINI, Stefano, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, III, p. 281

PAGLIARO, Antonio, *Necessità della forma*, in *Il segno vivente. Saggi sulla lingua e altri simboli*, Napoli, 1958, p. 30

PALAZZO, Antonio, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 448

PALAZZO, Antonio, *La forma negoziale tra nuove polemiche e sicure realtà*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, p. 809

Palazzo, Antonio, *La forma negoziale tra nuove polemiche e sicure realtà*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, p. 809

PALERMO, Gianfranco, *Contratto preliminare*, Padova, 1991

PALMER, George E., *Reformation and the parol evidence rule*, in *Mitch. L. Rev.*, 1967, p. 833

PALMERINI, Erica, sub. *art. 1352 c.c.*, in *Commentario al codice civile, Contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, II, Torino, 2011, p. 2

PALMIERI, Alessandro, *Il controllo giudiziario delle clausole abusive, tra sentieri impervi e la (tentazione) di sortite avventurose*, in *Foro it.*, 1999, VI, p. 2087

PALMIERI, Alessandro, *L'ibrida definizione di consumatore e i benefici (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3118

PALMIERI, Alessandro, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 332

PARDOLESI, Roberto, *Clausole abusive nei contratti del consumatore e direttiva abusata*, in *Quaderni C.S.M.*, n. 89, 1996, p. 58

PARDOLESI, Roberto, *Diritti dei consumatori ed eliminazione degli squilibri: verso una riscrittura giudiziale del contenuto dei contratti?*, in *Disciplina del commercio*, 1999, p. 9

PARENTI, Vito, *Sulla riduttiva considerazione della forma convenzionale ex. art. 1352 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 175

PASSAGNOLI, Giovanni, *Nullità speciali*, Milano, 1995

PASSAGNOLI, Giovanni, *Art. 1469-quinquies comma 1, 3 e 5*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 158

PASSAGNOLI, Giovanni, sub *artt 36-38*, in *Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 386

- PATAACK, Akhileshwar, *Legal aspects of business*, Nuova Deli, 2010
- PATTERSON, Dennis M., *Good faith, lender liability and discretionary acceleration: of Llewellyn, Wittgenstein and the Uniform commercial code*, in *Tex. L. Rev.*, 1989, p. 192
- PATTI, Salvatore, *Prove. Disposizioni generali. Art. 2697-2698*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 196
- PATTI, Salvatore, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 73
- PATTI G. e PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, p. 310
- PATTI, Salvatore, *Clausole vessatorie, clausole d'uso e necessità dell'approvazione specifica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 63
- PATTI, Salvatore, *Le condizioni generali di contratto. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1996
- PATTI, Salvatore, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari, 1999
- PATTI, Salvatore, *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 282
- PATTI, Salvatore, *Sulla riforma del quarto libro del codice civile: i contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, VI, p. 205
- PATTI, Salvatore, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007
- PAVONI, Giovanni, *La scrittura privata nel diritto commerciale*, Roma, 1914
- PEDEN e CARTER, *Entire agreement - and similar- clauses*, in *J. Cont. L.*, 2006, p. 10
- PEDRAZZI, Giorgio, *Clausole limitative della responsabilità e oggetto del contratto: due recenti pronunce della Cassazione in materia assicurativa*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 643
- PENNINGTON, Ken, *Roman and Secular Law in the Middle Ages*, in *Medieval Latin: An Introduction and Bibliographical Guide*, Washington, 1996, p. 254
- PERFETTI, Ubaldo, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005
- PERLINGIERI, Pietro, *Profili istituzionali di diritto civile*, Napoli, 1974
- PERLINGIERI, Pietro, *Note critiche sul rapporto tra forma e autonomia negoziale*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 569.
- PERLINGIERI, Pietro, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 86
- PERLINGIERI, Pietro, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1998, p. 832

- PERLINGIERI, Pietro, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1999
- PERLINGIERI, Pietro, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000
- PERLINGIERI, Pietro, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334
- PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001
- PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003
- PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto privato europeo, Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005
- PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005
- PERLINGIERI, Pietro, *Parte generale e norme di settore nelle codificazioni e nella formazione del Common Frame of Reference, Relazione introduttiva*, in *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2007, p. 535
- PERLINGIERI, Pietro, *Il “diritto privato europeo” tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 345
- PERLINGIERI, Pietro, *Interpretazione ed evoluzione dell’ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 159
- PEROZZI, Silvio, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903
- PIGOZZO, Cristina, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1999, p. 30
- PIERGIOVANNI, Vito, *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 333
- PIOLA, Giuseppe, *Osservazioni in tema di oggetto del contratto*, in *Riv. not.* 1976, p. 902
- PIZZIO, Jean-Pierre, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, in *Droit du marché e droit commun des obligations*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1998, I, p. 53
- PLAIA, Armando, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 705
- POLOTTI DI ZUMAGLIA, Alberto, *L'impatto della giurisprudenza sui contratti assicurativi alla luce della disciplina delle c.d. clausole abusive*, in *Resp. civ.*, 1999, p. 240
- PONZANELLI, Giulio, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile. Studio di diritto comparato*, Milano, 1974
- PONZANELLI, Giulio, *Le clausole di esonero della responsabilità*, Milano, 1984

- PONZANELLI, Giulio, *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 852
- POSNER, Richard A., *The problems of Jurisprudence*, Cambridge, 1990
- POSTIGLIONI, Benedetta, *L'impatto della direttiva comunitaria 93/13, e della legge di attuazione 52/96, sulla prassi dei contratti assicurativi*, in *Resp. comunicazione impresa*, 1997, p. 75
- PRIEST, George L., *A Theory of the Consumer Product Warranty*, in *Yale L. J.*, 1981, p. 1297
- PROSPERI, Osvaldo, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, p. 189
- PUGLIATTI, Salvatore, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e Diritto*, Milano, 1978, I, p. 101.
- PUGLIATTI, Salvatore, *La trascrizione*, I, in *Trattato diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1957, p. 417
- PUGLIATTI, Salvatore, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 368
- Quadri, Rolando, *Sulla legge applicabile alla forma dei negozi giuridici*, in *Studi in onore di Tomaso Perassi*, II, Milano, 1957, p. 233
- RAKOFF, Todd D., *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, in *Harv. L. Rev.*, 1983, p. 1229
- RANIERI, Filippo, *Alle origini del diritto civile europeo. Alcune osservazioni sui rapporti tra pandettistica tedesca e civilistica italiana in tema di negozio giuridico*, in *Eur. dir. driv.*, 2000, p. 805
- REALE, Giovanni, *Commento ad Aristotele, La Metafisica*, Napoli, 1968
- REALMONTE, Francesco, *Condizioni generali di contratto*, Milano, 1975
- REDENTI, Enrico, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1936.
- RESCIGNO, Pietro, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 12
- RESCIGNO, Pietro, *Contratto*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 6
- RESCIGNO, Pietro, *Sullo studio storico del diritto privato (rileggendo l'introduzione di Riccardo Orestano)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p.11
- RESCIGNO, Pietro, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1996
- RESCIGNO, Pietro, *La «forma» codice: storia e geografia di una idea*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 29
- RESCIGNO, Pietro, *Postfazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*. Atti del Congresso Internazionale tenutosi presso il Dipartimento di Studi Giuridici -

- Centro di Eccellenza in Diritto Europeo dal 31.5.2001 al 1.6.2001, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 711
- RESCIGNO, Pietro, *Introduzione*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006
- RICCI, Francesco, sub art. 1519 sexies c.c., in *Commentario sulla vendita dei beni consumo*, a cura di S. Patti, Milano, 2004, p. 340
- RICCIUTO, Vincenzo, *Note in tema di clausole abusive e rischio assicurativo*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 51
- RICCOBONO, Salvatore, *Lineamenti di storia delle fonti del diritto romano*, Milano, 1949
- RIPERT, Georges., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^a, Parigi, 1949
- RIVERA LLANO, Abelardo, *Forma del diritto e formalismo giuridico. A proposito di una Filosofia della forma*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2010, p. 271
- RIZZI, Antonio, *L'interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano, 2002
- RIZZO, Vito, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Camerino, 1983
- RIZZO, Vito, *Le clausole abusive: realtà e prospettive. La direttiva Cee del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 582
- RIZZO, Vito, *Condizioni generali di contratto e vessatorietà*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, p. 49
- RIZZO, Vito, *Il significativo squilibrio malgrado la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento ambiguo da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 582.
- RODOTÀ, Stefano, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 90
- RODOTÀ, Stefano, *Aspettando un codice?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 3
- RODOTÀ, Stefano, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionale, diritto europeo, diritti globali*, in *Codici, Una riflessione di fine millennio*, diretto da P. Cappellini e B. Sordi, Milano, 2002, p. 541
- ROLLI, Rita, *Considerazioni minime in tema di limiti all'autonomia contrattuale*, in *Giur. merito*, 2006, p. 260
- ROLLI, Rita, *Il «codice» e i «codici» nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 1496
- ROMAGNOLI, Gianluca, *Clausole vessatorie nei contratti d'impresa*, Padova 1997

ROMANO, Salvatore, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961

ROMANO, Salvatore, *La revoca degli atti giuridici privati*, in *Ristampe della scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di P. Perlingieri, Camerino, 1980, p. 58

ROMANO, Salvatore, *Revoca (dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 180, ora in *Scritti minori*, 1980, p. 198

ROPPO, Vincenzo, *Contratti e atti giuridici*, disponibile sul sito http://www.treccani.it/enciclopedia/contrattiattigiuridici_%28Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali%29/

ROPPO, Vincenzo, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975

ROPPO, Vincenzo, *Una buona decisione della Corte Suprema a proposito dei contratti standard e tutela dell'aderente*, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 205

ROPPO, Vincenzo, *Contratti standard*, Milano, 1986

ROPPO, Vincenzo, *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 111

ROPPO, Vincenzo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 277

ROPPO, Vincenzo, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive (vessatorie) nei contratti tra professionista e consumatore, artt. 1469 bis e seg. c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 107

ROPPO, Vincenzo, *La definizione di clausola «vessatoria» nei contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 2000, p. 84

ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, Milano, 2001

ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 107

ROPPO, Vincenzo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele-Prospettive di diritto europeo*, diretto da S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 643

ROPPO, Vincenzo, *Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica, e non apologetica*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 25

ROPPO, Vincenzo, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *A European civil code? Perspectives and problems*, a cura di V. Roppo, Milano, 2005, p. 274

- ROPPO, Vincenzo, *Quale diritto europeo dei contratti?*, in *Contratto e diritto uniforme*, a cura di C. Venditti e L. Gatt, Napoli, 2005, p. 109
- ROPPO, Vincenzo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005
- ROPPO, Vincenzo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669
- ROPPO, Vincenzo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009; p. 613
- ROPPO e NAPOLETANO, *Clausole abusive*, in *Enc. giur.*, vol. V, Roma, 1996
- ROSARIO, Franco, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica*, Milano, 2010, p. 16
- ROSETT, Arthur, *Critical reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Ohio St. L. J.*, 1984, p. 265
- ROSSETTI, Marco, *Natura e contenuto dell'obbligo di avviso e di salvataggio*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 2143
- ROSSI, Piercarlo, *La trasposizione delle direttive comunitarie nel diritto privato italiano: questioni di terminologia e di redazione di testi*, in AA.VV., *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali. Materiali per lo studio della terminologia giuridica*, a cura di B. Pasa, P. Rossi e M. Weitenberg, Torino, 2009, p. 89
- RUBINO, Domenico, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, XXII, Milano, 1962, p. 49
- RUFFOLO, Ugo, *Le clausole vessatorie, abusive, inique e la ricodificazione negli art. 1469 bis-1469 sexies c.c.*, in *Clausole vessatorie e abusive*, diretto da U. Ruffolo, Milano, 1997, p. 28
- RUPERTO, Saverio, *Efficacia giuridica. Appunti per una lezione di diritto privato*, in *Jus*, 2007, p. 389
- RUSCH, Linda J., *A history and perspective of revised article 2: the never ending saga of a search for balance*, in *Smu L. Rev.*, 1999, p. 1683
- RUSSO, Claudio, *L'incidenza della disciplina delle c.d. «clausole abusive» sui contratti assicurativi stipulati con i consumatori*, in *Assic.*, 1998, p. 251
- SACCO, Rodolfo, *Codificare. modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 117
- SACCO, Rodolfo, *Il contratto*, in *Trattato diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VI, Torino, 1988, p. 420

- SACCO, Rodolfo, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 689
- SACCO, Rodolfo, *Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un codice europeo*, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, diretto da L. Moccia, Milano, 1993, p. 87
- SACCO, Rodolfo, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 343
- SACCO, Rodolfo, *Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un codice europeo*, in *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, diretto da L. Moccia, Milano, 1993, p. 87
- SACCO, Rodolfo, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme e il diritto al servizio di un diritto uniforme)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 65
- SACCO, Rodolfo, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto Privato*, III, *L'abuso del diritto*, 1997, p. 217
- SACCO, Rodolfo, *One Hundred Years of Comparative Law*, in *Tulane L. Rev.*, 2001, p. 1159
- SACCO, Rodolfo, *Il contenuto del contratto*, in R. Sacco e G. De nova, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 5
- SACCO, Rodolfo, *Il contenuto (l'autonomia)*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, II, 2008, p. 374
- SALANDRA, Vittorio, *I contratti di adesione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 507
- SALANDRA, Vittorio, *Dell'assicurazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto delle obbligazioni, (Art. 1861-1932), Bologna-Roma 1966, p. 366
- SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulle "clausole abusive" e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1993, I, p. 553
- SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, 1901
- SALVESTRONI, Umberto, *Spunti sul vecchio e nuovo formalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 422.
- SALVI, Cesare, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, a cura di A. Schiavone, 1990, p. 233
- SANNA, Paolo, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469 bis c.c. tra esegesi e ermeneutica*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 56
- SANTI, Giulio, *Il contratto di assicurazione*, Roma, 1965

- SANTI, Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947
- SANTINI, Giovanni, *L'Europa come spazio giuridico unitario: un'armonia nel rispetto delle dissonanze*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 43
- SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962
- SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, 1968, p. 1031
- SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 155
- SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Atto e forma del negozio giuridico*, in *La forma degli atti del diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Roma-Napoli, 1988, p. 730
- SARTORI, Filippo, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 93
- SBISA', Giuseppe, *Il contratto tra faciendum e factum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 938
- SBISA', Giuseppe, *Interessi privati, mediazione e formalismo (a proposito di due opere di L. Cohen-Tanugi e N. Irti)*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 421
- SCAGLIONE, Francesco, *Correttezza economica e autonomia privata*, Perugia, 2007
- SCALFI, Gianguido, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960
- SCALFI, Gianguido, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 441
- SCALISI, Vincenzo, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 535
- SCALISI, Vincenzo, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 495
- SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 483; p. 514;
- SCALISI, Vincenzo, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 843
- SCALISI, Vincenzo, *Alberto Trabucchi e la costruzione in Europa di un diritto privato comune*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 910
- SCANNICCHIO, Nicola, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in *Trattato di diritto privato europeo*, diretto da N. Lipari, I, Padova, 2003, p. 153

SCARPELLO, Aldo, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, jus variandi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 346

SCARPELLO, Aldo, *La modifica unilaterale del contratto*, Milano, 2010

SCARSO, Alessandro P., *Il contraente debole*, Torino, 2006

SCARSO, Alessandro P., *Sulla c.d. «disparità di potere contrattuale»*, in *Stud. iuris*, 2008, p. 550

SCHIAVONE, Aldo, *Per una storia del giusnaturalismo romano*, in *Testo e problemi del giusnaturalismo romano. Atti del terzo Collegio di Diritto Romano*, a cura di D. Mantovani, A. Schiavone e C. Multimedia, Pavia, 2007, P. 5

SCHLECHTRIEM e SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010

SCHLESINGER, Piero, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in *Studi in onore di Greco*, II, Padova, 1965

SCHLESINGER, Piero, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 403

SCHLESINGER, Piero, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2290

SCHLESINGER, Piero, *Mercati, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 326

SCHULTZ, Fritz, *I principi del diritto romano*, Firenze, 1946, p. 68

SCIALOJA, Antonio, *Il c.d. contratto per adesione e gli artt. 1341 e 1342 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1949, IV, p. 3

SCHULTZE, Martina, *European Private Law and Existing European Contract Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2005, p. 3

SCIANCELEPORE, Giovanni, *Commentario al codice del consumo: inquadramento sistematico e prassi applicativa*, a cura di P. Stanzione e G. Sciancalepore, Milano, 2006, p. 233

SCIARRONE ALIBRANDI, Antonella, *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria 93/13*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, IV, p. 714

SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950

SCOGNAMIGLIO, Renato, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temi nap.*, 1961, p. 435

SCOGNAMIGLIO, Renato, sub. artt. 1321-1352, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 65

SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e tutela del "contraente debole"*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, p. 425

SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II. *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 143

SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Statuti dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina di settore*, in *Traduzione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e M. N. Miletta, Milano, 2006, p. 263

SCOTT, Robert E., *The limits of expanded choice: an analysis of the interactions between express and implied contract terms*, in *Cal. L. Rev.*, 1985, p. 309

SCURO N. e SCURO U., *Il contratto a formazione progressiva*, Milano, 2009

SEGRE', Gino, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, p. 199

SENIGAGLIA, Roberto, *Decentramento legislativo, moltiplicazioni di codici e differenziazione sistemica*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 142

SETZER, G., *Sulla pattuizione dello scritto, in particolare della l. 17 cod. de fide instrumentorum*, traduzione e cura di F. Addis, Napoli, 2005

SEVERINO, Emanuele, *La filosofia antica*, Milano, 1994

SGROI, Corrado, *Clausole d'uso, clausole vessatorie e clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 115

SICCHIERO, Gianluca, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003

SIMONSON, CARMON, DHAR, DROLET e NOWLIS, *Consumer research: in search of identity*, in *Annual Rev. Psychology*, 2001, p. 249

SINISCALCHI, Anna M., *Limitazione di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 481

SINISCALCHI, Anna M., *Commento all'art. 134*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 1007

SIRENA, Pietro, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 779

SIRENA, Pietro, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, III, p. 426

SIRENA, Pietro, *La dialettica Parte generale- Parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2007, p. 494

SLAWSON, David, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, in *Harv. L. Rev.*, 1971, p. 530

SMITH, Stephen A., *Future freedom and freedom of contract*, in *Mod. L. Rev.*, 1996, p. 36

SMORTO, Guido, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 330

SMORTO, Guido, *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *Contratti*, 2008, p. 723

SNYDER, David V., *The law of contract and the concept of change: public and private attempts to regulate modification, waiver, and estoppel*, in *Wis. L. Rev.*, 1999, p. 607

SOMMA, Alessandro, *Tecniche di tutela del contraente debole nella disciplina della contrattazione standard: riflessioni sull'esperienza tedesca*, in *Annuario di diritto tedesco*, a cura di S. Patti, Milano, 1998

SOMMA, Alessandro, *Il diritto dei consumatori è un diritto d'impresa*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 679

SOMMA, Alessandro, *Autonomia privata e struttura del consenso. Aspetti storico comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000, p. 597

SOMMA, Alessandro, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, I, p. 89

SOMMA, Alessandro, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007

SOMMA, Alessandro, *Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1097

SOPER, Philip, *On the Relation between Form and Substance in Law*, in *Ratio Iuris*, 2007, p. 56

SPITZ, Jean F., *Qui dit contractuel dit juste: quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillé*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 281

STANZIONE e SCIANCALEPORE, (a cura di), *Commentario al codice del consumo: inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Milano, 2006

STANZIONE, Pasquale, *Rapporto giuridico*, in *Enc. giur.*, XXV, Milano, 1991, p. 2

STEIN, Peter, *Norme fondamentali in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 229

STELLA RICHTER, Mario, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1997, p. 151

- STOLFI, Giuseppe, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947
- STOLL, George, *La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. M. Bianca, Milano, p. 269
- STORME, Matthias E. *The validity and the content of contracts*, in AA.VV., *Towards a European civil code*, London, 1996, p. 162
- SUMMERS, Robert S., *The place of form in the fundamental of law*, in *Ratio Juris*, 2001, p. 106;
- SUMMERS, Robert S., *On giving legal forms its due. A study in legal theory*, in *Ratio iuris*, 2005, p. 129;
- SUMMERS, Robert S., *Form and function in a legal system. A general study*, Cambridge, 2006
- SUMMERS e ATIYAH, *Form and substance in Anglo-American law*, Oxford, 2002
- SWEET, Justin, *Contract making and parol evidence: diagnosis and treatment of a sick rule*, in *Cornell L. Rev.*, 1968, p. 1036
- TABELLINI, Tomaso, *Il recesso*, Milano, 1962
- TALAMANCA, Mario, *Forma degli atti*, in *Enc. Forense*, III, Milano, 1958, p. 47
- TARELLO, Giovanni, *Formalismo*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 573
- TARTAGLIA, Roberto, *Vessatorietà e trasparenza nei contratti del consumatore*, Milano, 2008
- TARUFFO, Michele, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 733
- TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2005, p. 78
- TASSONI, Giorgia, *Condizioni generali di contratto e dolo del predisponente*, in *Contratti*, 1994, p. 124
- TEDESCHI, Mario, *Forme volontarie nei contratti*, in *Studi per Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, 199.
- TEUBNER, Gunther, *Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies*, in *Mod. L. Rev.*, 1998, p. 11
- THAYER, James, *The parol evidence rule*, in *Harv. L. Rev.*, 1993, p. 325
- THIBIERGE e GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contracts*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 357
- TIMOTEO, Marina, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contr impr. Europa*, 1997, p. 141

- TOLONE, Salvatore, *L'ordine della legge ed il mercato. La congruità dello scambio contrattuale*, Torino, 2003
- TOMMASINI, Raffaele, (a cura di), *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007
- TONDO, Salvatore, *Evoluzione della disciplina giuridica dei contratti per adesione*, in *Riv. not.*, 1995, p. 1
- TONDO, Salvatore, *Formalismo negoziale tra vecchie e nuove tecniche*, in *Riv. not.*, 1999, p. 923
- TONDO, Salvatore, *Verso un codice europeo dei contratti*, in *Vita not.*, 2006, I, p. 116
- TONIATO, F. S., sub *art 1469 bis, c. 3 n. 14*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di C. M. Bianca, Padova, 1998, p. 408
- TORIELLO, Silvana, *Le proposte di riforma*, in *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1997, p. 108
- TORRENTE, Andrea, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ.*, 1951, p. 251
- TORRENTE, Andrea, *La forma del negozio risolutorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, p. 625
- TRABUCCHI, Antonio, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in *Silloge per Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, p. 4
- TRABUCCHI, Antonio, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, p. 167
- TREITEL, Guenter H., *The law of contract*, Londra, 1999
- TRIOLA, Roberto, *La denuncia dei vizi nella disciplina della vendita*, in *Nuova giur. comm.*, 1992, p. 1.
- TRIPODI e BELLÌ, (a cura di), *Codice del consumo, commentario del D. Lgs 6 settembre 2005, n. 206*, Santarcangelo di Romagna, 2006
- TROIANO, Onofrio, *Buona fede e contratti standard: riflessioni sull'impiego della clausola generale nel diritto privato comunitario*, in *Contratti*, 2006, p. 191
- TROVATORE, Gianfranco, *La definizione atipica delle "clausole abusive" tra controllo giudiziale e trattativa individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 959
- TULLIO, Antonio, *Condizioni generali di contratto e le clausole vessatorie nella contrattualistica dei trasporti*, Milano, 1996
- TULLIO, Antonio, *Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997
- TURCO, Claudio, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2010

- UBALDI, P., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Commentario P. Schlesinger*, diretto da G. Alpa e S. Patti, Milano, 2003, p. 547
- VALCAVI, Giovanni, *Sul carattere interpretativo della norma che vieta le fideiussioni omnibus illimitate e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti*, in *Foro it.* 1993, I, p. 2173
- VALENTINO, Daniela, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999
- VASSALLI, Filippo, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1947, p. 76
- VENOSTA, Francesco, *Condizioni generali di contratto, forma della ratifica e nullità parziale del contratto*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1990, I, p. 646
- VENOSTA, Francesco, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e Cont.*, 2008, p. 872
- VERDE, Giovanni, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 715
- VERDICCHIO, Vincenzo, *Le forme convenzionali*, in *I contratti in generale*, VII, diretto da Cendon, Torino, 2000, p. 387
- VERDICCHIO, Vincenzo, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2002
- VERGA, Angelo, *Errore e responsabilità nei contratti*, Milano, 1941
- VETTORI, Giuseppe, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21
- VETTORI, Giuseppe, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 313
- VETTORI, Giuseppe, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 767
- VETTORI, Giuseppe, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53
- VETTORI, Giuseppe, (a cura di), *Codice del consumo*, Padova, 2007
- VETTORI, Giuseppe, *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2007, p. 393
- VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 754
- VILLA, Gianroberto, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica, in Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 118

- VIOLA, Francesco, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in *La controversia ermeneutica*, a cura di G. Nicolaci, Milano 1989, p.61
- VIOLANTE, Umberto, *Clausole vessatorie e approvazione specifica "a tutto campo": chi troppo vuole...*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1042
- VISINTINI, Giovanna, *Trattato della responsabilità contrattuale*, II, Milano, 2009
- VISINTINI, Giovanna, *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare*, in *Commentario Scialoja-Branca*, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 93
- VOLPE PUTZOLU, Giovanna, *Contratto di assicurazione clausole abusive*, in *Diritto privato* 1996, II, *Condizioni generali e clausole abusive*, Padova, 1997, p. 511
- VOLPE, Fabrizio, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 40
- VOLPE, Fabrizio, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004
- WAGNER VON PAPP, Florian, *European contract law: are no oral modification clauses not worth the paper they are written on*, disponibile sul sito <http://clp.oxfordjournals.org/content/63/1/511.extract> p. 524
- WALLACH, George I., *The declining sanctity of the written contracts-impact of the uniform commercial code on the parol evidence rule*, in *44 Mo. L. Rev.*, 1979, p. 656
- WEATHERILL, Stephen, *European Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2005
- WEIL e PUIS, *Le droit allemande des conditions generales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1994, p. 125.
- WELLMAN, Vincent A., *The unfortunate quest for magic in contract drafting*, in *Wayne L. rev.*, 2006, p. 1101
- WESTLY, Jens, *No oral amendment clauses*, disponibile sul sito http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/westly_abstract.pdf
- WHITE, Morton G., *Social thought in America. The revolt against formalisms*, Londra, 1976
- WHITTAKER, Simon, *Can the contract control the contract? «Entire agreement clauses» in English law*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di F. Addis, Milano, 2008, p. 179
- WIGMORE, John H., *A treatise on the law of contract*, London, 1961
- WILLISTON, Samuel, *Williston on contracts*, 1961, London

- WILLISTON, Samuel, *A treatise on the law of contracts*, 1999
- WILSON, Nicholas, S., *Freedom of Contract and Adhesion Contracts*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 1965, p. 172
- WINDSCHEID, Bernhard, *Diritto delle Pandette*, trad. a cura di C. Fadda e B. E. Bensa, Torino, 1930.
- WOLFSTEINER, H. *Forma, tutela del consumatore e certezza del diritto*, in *Riv. not.*, 1995, III, p. 406.
- WOOD, Philip R., *International loans, bonds and securities regulation*, London, 1995
- WOODROOFFE, Robert L., *Unfair Terms in Consumer Contracts: England*, in *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1991, p. 224
- WOODWARD, William, *Neoformalism in a real world of forms*, in *Wis. L. Rev.*, 2001, p. 976
- YOUNGS, Raymond, *Constitutional limitations of freedom of contract: what can Germans teach us*, in *Anglo-Am. L. Rev.*, 2000, p. 498
- ZACCARIA, Alessio, *Dall'«età della decodificazione» all'«età della ricodificazione»: a proposito della Legge n. 229 del 2003*, in *Stud. iuris*, 2005, p. 697
- ZACCARIA, Alessio, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 367
- ZACCARIA e DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519 bis-1519 nonies del codice civile*, Padova, 2002, p. 6
- Zaki, Madgi S., *L'«intertextualité» dans le formalisme impose par les conditions générales des contrats*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, a cura di F. Addis, Milano, 2008, p. 37
- ZAKI, Madgi S., *Le formalisme conventionnel. Illustration de la notion de contract-cadre*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 104.
- ZAMIR, Eyal, *The inverted hierarchy of contract interpretation and supplementation*, in *Colum. L. Rev.*, 1997, p. 1729
- ZANCHI, Duccio, *Clausola «salvo approvazione della casa» e formazione del contratto*, in *Studi sen.*, 1980, p. 323
- ZENO ZENCOVICH, Vincenzo, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, p. 63
- ZIMMERMANN, Reinhard, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, V, p. 707

ZOPPINI, Andrea, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, su

http://judicium.it/news/ins_05_03_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf

ZWEIGERTE e Kotz, *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti, Milano, 1998

Riferimenti giurisprudenziali

Sentenze Corte Cassazione

Cass. 6.4.2009, n. 8234, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 586

Cass. 22.6.2007, n. 14657, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 6

Cass. 11.3.2005 n. 5435, in *Giust. civ.*, 2006, IX, I, p. 1851

Cass. 22.8.2002, n. 12368, in *Giust. civ. Mass.* 2002, p. 1559

Cass. 4.2.2002, n. 698, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1895

Cass. 13.7.2001, n. 9554, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1392

Cass. 26.3.2001, n. 4350, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 588

Cass. 22.6.2000, n. 819, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 1374

Cass. 14.2.2000, n. 1642, in *Foro it.*, 2001, I, p. 634

Cass. 12.6.1998, n. 5922, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1311

Cass. 8.8.1997, n. 7354, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1368

Cass. 8.4.1997, n. 3044, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 556

Cass. 6.5.1996, n. 4167, in *Rass. dir. civ.*, 1997, IV, p. 923

Cass. 28.11.1994, n. 10121, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 1497

Cass. 13.1.1993, n. 343, in *Resp. civ. e prev.*, 1993, p. 808

Cass. 20.8.1992, n. 9719, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1256

Cass. 7.3.1992, n. 2772, in *Fallimento*, 1992, p. 691

Cass. 11.10.1991, n. 10707, in *Giur. it. Mass.*, 1991

Cass. 29.1.1988, n. 833, in *Giust. civ. Mass.* 1988, 1

Cass.22.12.1987, n. 9587, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 12

Cass. 14.4.87, n. 3270, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, IV, p. 4

Cass. 4.2.87, n. 999, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, II, p. 34

Cass., 7.3.1983, n. 1563, in *Rep. Giur. it.*, 1983, p. 3042

Cass., 29.1.1982, n. 575, in *Foro it.*, 1983, I, p. 1990

Cass., 5.7.80, n. 4293, in *Giur. it.* 1981, I, p. 1090

Cass. 9.2.1980, n. 909, in *Foro it.*, 1981, I, p. 503
Cass. 9.2.1980, n. 909 in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2236
Cass. 29.03.1976, n. 1129, in *Foro it.*, 1976, I, p. 1531
Cass. 23.06.1975, n. 2493, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 1652
Cass. 3.12.1970, n. 2548, in *Giust. Civ. Mass*, 1970, I, p. 7
Cass. 22.3.1967, n. 639, in *Giur. it.*, 1968, I, p. 1
Cass. 20.3.1964, n. 631, in *Assic.*, 1965, II, p. 2
Cass. 13.6.1958, n. 1999, in *Foro It.* 1959, I, 92
Cass. Torino, 16.3.1923, in *Mon. trib.*, 1923, p. 652
Cass. Roma, 26.7.1919, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 197

Sentenze merito

Gdp Bari, 8.3.2006, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 511
Gdp Bari, 16.5.2005, in *Obbl. e Contr.*, 2007, p. 511
Trib. Torino, 8.4.2003, in *Foro padano*, 2003, p. 345
C. App. Roma, 7.5.2002, in *Giur. Romana*, 2002, p. 313
Trib. Roma, 5.10.2000, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 434
Trib. Torino, 22.9.2000, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 981
Trib. Palermo, 4.7.2000, in *Danno e resp*, 2001, p. 185
GdP Perugia, 21.3.2000, in *RGU*, 2000, I, p. 416.
Trib. Roma, 18.2.2000, in *Riv. giur. circ. traspr.*, 2000, p. 543
Trib. Roma, 21.1.2000, in *Corr. giur.*, 2000, p. 496
C. App. Milano, 19.11.1999, in *Giur. milanese*, 2000, p. 28
C. App. Milano, 6.8.1999, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 415
Trib. Torino, 16.4.1999, in *Foro it.*, 2000, p. 299
Trib. Genova, 13.2.1999, in *Dir. ec. assic.*, 1999, p. 719
Trib. Roma, 17.6.1998, in *Corr. Giur.*, 1998, p. 1098
Trib. Roma, 24.3.1998, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332
Trib. Roma, 24.12.1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 727

Atti e Comunicazioni

Sezione consultiva del Consiglio di Stato per gli atti normativi. Parere del 20.12.2004, n. 11602, in Foro it., 2005, III, p. 348

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo, un piano d'azione (2003/C63/01), disponibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0068:it:NOT>

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis, prospettive per il futuro, COM (2004) 651 def. dell'11 ottobre 2004 disponibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=it>

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo, del 12 febbraio 2003, COM (2003) 68 def, disponibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=it>

Report no. 154. *Law of Contract: the parol evidence rule*, command papers, 1986, par. 2. 45

ICC Court of arbitration- Zurich Arbitral awards, 9117 (Mar. 1998) disponibile sul sito <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=399&step=fulltext>

CISG AC Opinion no. 3, section 4.1 disponibile sul sito <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op3.html>

CISG Advisory Council Opinion No. 3: Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG disponibile sul sito <http://digitalcommons.pace.edu/intlaw/238>

Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civil Law Governing Law disponibile sul sito <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/about/description-full.html>

Elenco casi

Intreprenur Pub Company Ltd v. East Crown Ltd, in Entire agreement clause invalidates warranty, in *The Times*, Settembre, 2007, disponibile sul sito <http://www.lexisnexis.com/lxacui2api/delivery/PrintDoc.do?jobHandle=2841html>

Sutcliffe v. Lloud (2007) EWCA Civ 153 (2007) 22 EG 162, in Not for the back burner, in *Estates Gazette*, Dicembre, 2007, disponibile sul sito <http://www.lexisnexis.com/lxacui2api/delivery/PrintDoc.do?jobHandle=1842html>

Ex parte Coleman, 861 So.2d 1080 (2003), in WAGNER-VON PAPP, *European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They Are Written On?*, disponibile sul sito <http://clp.oxfordjournals.org/content/63/1/511.extract>

World Online Telecom Limited v. I- Way Limited (2002) EWCA Civ. 413 para 10, in WESTLY, *No oral amendment clauses*, disponibile sul sito http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/westly_abstract.pdf

Bank of Scotland v. Dunedin Property Investments Co. Ltd. (1998) SC 657, in CORDERO MOSS, *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law*, disponibile sul sito <http://folk.uio.no/giudittm/AngloAmerican%20Contract%20Models.pdf>

Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich B.S. [1998]1 W.L.R. 898 (H.L.), in CORDERO MOSS, *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law*, disponibile sul sito <http://folk.uio.no/giudittm/AngloAmerican%20Contract%20Models.pdf>

Foster Wheelere Envirespouse v. Franklin County Convention Facilities Authority, 678 N.E. 2d 529 (1997), in WAGNER-VON PAPP, *European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They Are Written On?*, disponibile sul sito <http://clp.oxfordjournals.org/content/63/1/511.extract>

Beijing Metals & Minerals Import/Export Corporation v. American Business Center, Inc., in *Federal Reports*, 1993, p. 1178

U.S. District Court for the Southern District of New York, 14.04.1992, 91 Civ. 3253 (CLB), in *Federal Reports*, 1993, p. 1178

Filanto S.p.a. v. Chilewich International Corp., in F. Suppl. SDNY 1992, p. 1229, in *Federal Reports*, 1993, p. 1178

Cambridge-port savings Bank v. Boersner, 413 Mass 432, 439, 597 N.E. 2d, 1017 (1992), in WAGNER-VON PAPP, *European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They Are Written On?*, disponibile sul sito <http://clp.oxfordjournals.org/content/63/1/511.extract>

Filanto v. Chilevich International Corp. y Beijing Metals & Minerals Import/Exsport Corporation v. American Business Center, Inc., in KRITZER, *International contract manual. Guide to practical applications of the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 125

Levison v. Patent Steam Carpet cleaning Co. Ltd Court of Appeal, Civil division (1977) 3 All ER 498, in PATACK, *Legal aspects of business*, Nuova Deli, 2010, p. 121

Coonrod Walz Const Co v. Motel Enterprises, 217 Kan 63, 73, 535 P.2d 971 (1975), in WAGNER Von PAPP, *European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They Are Written On?*, disponibile sul sito <http://clp.oxfordjournals.org/content/63/1/511.extract>

Storer v. Manchester C. C. (1975) 3 All E. R. 828, disponibile sul sito http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199570201/koffman7e_ch02.pdf

J. Sputling Ltd v. Bradshaw. Court of Appeal (1956) 2 All ER 121, in PATACK, *Legal aspects of business*, Nuova Deli, 2010, p. 121

Beatty v. Guggenheim Exploration Co., 122 N. E. 378 (N. Y. 1919), in BLUM, *Contracts: examples & explanations*, New York, 2007, p. 371

Elenco periodici stranieri

Academy of Marketing Science Review (*Academy of Marketing Science Rev.*)

American Economic Review (*Am. Econ. Rev.*)

American Economic Review Papers and Proceedings (*Am. Econ. Rev. Papers and Proc.*)

American Journal of Comparative Law (*Am. J. Comp. L.*)

Anglo-American Law Review (*Anglo-Am. L. Rev.*)

Annual Review of Psychology (*Annual Rev. Psychology*)

California Law Review (*Cal. L. Rev.*)

Campbell Law Review (*Campbell L. Rev.*)

Capital Markets Law Journal (*Cap. Markets L. J.*)

Columbia Law Review (*Colum. L. Rev.*)

Cornell International Law Journal (*Cornell Int'l L. J.*)

Cornell Law Quarterly (*Cornell L. Quart.*)

Cornell Law Review (*Cornell L. Rev.*)

Duke Law Journal (*Duke L. J.*)

Econometrica (*Econometrica*)

European Review of Contract Law (*Eur. Rev. Contr. Law*)

European Review of Private Law (*Eur. Rev. Priv. Law*)

Fordham Law Review (*Fordham L. Rev.*)

Harvard Law Review (*Harv. L. Rev.*)

Hastings Law Journal (*Hastings L. J.*)

Idaho Law Review (*Idaho L. Rev.*)
Industrial Law Journal (*Ind. L. J.*)
International Lawyer (*Int'l Law*)
International Law Review (*Int. L. Rev.*)
International Comparative Law Quarterly (*Int. Comp. Law Quart.*)
International Review of Law and Economics (*Int. Rev. Law and Econ.*)
Iowa Law Review (*Iowa L. Rev.*)
Journal of Contract Law (*J. Contr. L.*)
Journal of International Business and Law (*J. Int. 'l B. L.*)
Journal of Law and Commerce (*J. L. & Com.*)
Journal of Law, Economics and Organization (*J. L. Econ. & Org.*)
Journal of Legal Studies (*J. Leg. St.*)
Lloyd's List Law Reports (*Lloyd's Rep.*)
Law Quarterly Review (*Law Quart. Rev.*)
Modern Law Review (*Mod. L. Rev.*)
North Carolina Law Review (*N. Cal. L. Rev.*)
New York University Law Review (*N.Y. Univ. L. Rev.*)
Ohio State Law Journal (*Ohio St. L. J.*)
Poetics Today (*Poetics T.*)
Revue des affaires européennes (*Rev. aff. europ.*)
Revista de derecho privado (*Rev. der. priv.*)
Revue de droit uniform (*Rev. dr. unif.*)
Revue internationale de droit comparat (*Rev. int. dr. comp.*)
Revue trimestrielle de droit commercial (*Rev. trim. dr.com.*)
Revue de droit des affaires internationales (*Rev. dr. aff. int.*)
Revue trimestrielle de droit civil (*Rev. trim. dr. civ.*)
Rutgers Law Review (*Rutgers L. Rev.*)
South Carolina Law Review (*S. Cal. L. Rev.*)
The Southwestern Law Review (*Smu. L. Rev.*)
Texas Law Review (*Tex. L. Rev.*)
Tulane Law Review (*Tulane L. Rev.*)
Uniform Law Review (*Unif. L. Rev.*)
University of Chicago Law Review (*U. Chi. L. Rev.*)
University of Pennsylvania Law Review (*U. Pa. L. Rev.*)

Virginia Law Review (*Va. L. Rev.*)

Vanderbilt Law Review (*Vand. L. Rev.*)

Wayne Law Review (*Wayne L. Rev.*)

William and Mary Law Review (*Wm & Mary L. Rev.*)

Wisconsin Law Review (*Wis. L. Rev.*)

Yale Law Journal (*Yale L. J.*)