

LA DIVERSA PROTEZIONE DI CONSUMATORE E IMPRENDITORE “DEBOLE” E IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA, di *Lorenzo Delli Priscoli*

SOMMARIO: 1. Limitazioni dell'autonomia contrattuale e squilibrio di potere contrattuale. - 2. Il contraente debole nella legislazione fino agli anni ottanta. - 3. Gli anni novanta e l'emersione degli “status”: contraente “forte” e contraente “debole”. - 4. La *ratio* ispiratrice delle tutele a favore del contraente debole. - 5. La diversa portata dell'espressione “contraente debole” a seconda delle diverse esigenze di tutela. - 6. L'imprenditore “debole”. - 7. Le ragioni di una tutela differenziata tra consumatore e imprenditore “debole”.

1. *Limitazioni dell'autonomia contrattuale e squilibrio di potere contrattuale*

Secondo la Corte costituzionale (sentenze n. 268 del 1994 e n. 241 del 1990¹), il principio dell'autonomia contrattuale - che comporta, tra l'altro, libertà di scelta del contraente e del contenuto del contratto - se ha rilievo assolutamente preminente nel sistema del codice civile del 1942, non lo ha negli stessi termini nel sistema delineato dalla Costituzione, che non solo lo tutela in via meramente indiretta, come strumento della libertà di iniziativa economica (sentenza n. 159 del 1988), ma pone limiti rilevanti a tale libertà. Questa, invero, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, secondo e terzo comma): e tali vincoli sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza - che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori (sentenza n. 223 del 1982 cit.)² - ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie³.

Nella sentenza n. 241 del 1990 vengono dunque per la prima volta lucidamente presi in considerazione degli status nel mercato (quello di consumatore) delle condizioni di mercato e dei comportamenti all'interno di esso (la concorrenza, lo squilibrio di potere contrattuale ed il suo conseguente abuso) che solo più tardi hanno avuto una loro giuridicizzazione (il consumatore), una completa disciplina (la legge *antitrust* italiana n. 287 del 1990) o la loro definitiva consacrazione (l'istituto dell'abuso del diritto, con le sentenze in tema di recesso dal contratto di apertura di credito, dal contratto di concessione di vendita e in materia tributaria)⁴.

E in effetti si tratta di istituti che sono fra loro intimamente connessi. Una condizione di concorrenza sul mercato⁵ è infatti quella che garantisce la miglior allocazione delle risorse e il massimo benessere collettivo, mentre uno squilibrio di potere contrattuale e il conseguente approfittamento (abuso) di questa situazione determina una frattura di questa condizione e/o la conclusione da parte dei consumatori di contratti a condizioni svantaggiose, e conseguentemente fa sorgere l'esigenza di garantire una situazione di concorrenza e di tutelare i potenziali soggetti destinatari dell'abuso, ossia i consumatori. La sentenza pone in evidenza altresì il condizionamento da parte del

¹ La Corte costituzionale aveva già più volte sottolineato la necessità di una efficace normativa anticoncentrazione nel complessivo settore dell'informazione (cfr., da ultimo, sent. 826 del 1988): ma essa non è meno necessaria - come si è avvertito nella sentenza n. 223 del 1982 - nel più vasto settore dell'attività economica, pur se in questo assume connotati in buona parte diversi, per la diversità dei valori tutelati. Gli stessi principi della sentenza n. 241 del 1990 verranno poi ribaditi dalla sentenza n. 268 del 1994.

² L. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “tutela della concorrenza” (art. 117, comma 2, lett. e): linee di tendenza e problemi aperti*, *Giur. cost.*, 2005, 3453, secondo cui “è un risultato ormai consolidato che la concorrenza massimizzi il benessere sociale e sia quella forma di mercato che rende più probabile l'innovazione dei processi”; M. ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*; Padova, 2006, 176, secondo cui lo squilibrio di potere contrattuale tra professionista e consumatore si riflette in negativo sulla concorrenza, snaturandola. Per rimuovere il fattore degenerante e così ripristinarla e consolidarla, occorre equilibrare i poteri dei soggetti del mercato, necessariamente rafforzando quello delle presenze deboli.

³ Cfr. sul punto P. PERLINGERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 392.

⁴ M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, 128.

⁵ Cfr. F. BOCCHINI, *Nozione normativa di consumatore e modelli economici*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 2348, secondo cui un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza deve garantire che la gara tra i vari concorrenti sia improntata a regolarità ed effettività.

secondo comma sul primo comma dell'art. 41 Cost.: il limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41, co. 2 Cost. non solo costituisce garanzia per i consumatori contro eventuali abusi degli imprenditori ma rappresenta anche un presidio fondamentale a tutela della libertà di concorrenza assicurata dall'art. 41, co. 1 Cost.⁶

La giurisprudenza della Cassazione di recente ha fatto segnare una significativa riduzione del campo di azione dell'autonomia contrattuale. Si pensi in particolare alla possibilità di ridurre d'ufficio la clausola penale secondo equità⁷ e alla sempre più estesa applicazione dell'istituto dell'abuso del diritto (per tutte si pensi alla nota sentenza n. 20106 del 2009).

Peraltro, anche nella legislazione più recente, si assiste ad una riduzione del campo di azione dell'autonomia contrattuale, non solo con riferimento al rapporto contraente "forte" - contraente "debole", ma anche quando vi sono in gioco interessi pubblici rilevanti quali ad esempio quelli del fisco. Così, secondo l'art. 1, comma 346, della legge n. 311 del 30 dicembre 2004 (legge finanziaria per il 2005) "*I contratti di locazione... sono nulli se... non sono registrati*". Tale norma è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale la quale però con ordinanza n. 389 del 2008 ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile per difetto di motivazione dell'ordinanza di rimessione. Deve però ritenersi la ragionevolezza della norma proprio alla luce della sentenza n. 241 del 1990 - che afferma la possibilità per il legislatore di limitare l'autonomia contrattuale in nome dell'utilità sociale - nonché in considerazione del disposto dell'art. 53 Cost. - dovere di tutti di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva. La norma infatti non prevede la nullità del contratto irragionevolmente, ma al fine di perseguire al meglio gli interessi del fisco, e quindi della collettività: è infatti interesse di tutti che il fisco riscuota quanto dovuto. La minaccia della sanzione della nullità⁸ del contratto scoraggia infatti la pratica delle locazioni "in nero"⁹ e non è dunque irragionevole perché è effettivamente coerente con tale fine¹⁰.

La norma inoltre non può dirsi di carattere eccezionale nel sistema giuridico italiano e pertanto non può dirsi che i vizi che determinano la nullità del contratto siano solo quelli genetici del contratto. Esistono infatti altre ipotesi di leggi che prevedono la sanzione della nullità del contratto non per vizi genetici, intrinseci del contratto¹¹.

Di potere contrattuale si parla ormai molto nei testi giuridici, ma difficilmente si nota uno sforzo di offrirne una definizione¹². Si ritiene tuttavia che per potere contrattuale possa intendersi la possibilità per un soggetto di

⁶ G. GRISI, *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 56.

⁷ Cass., 28 marzo 2008, n. 8071, *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1153, con nota adesiva di G. BARAGGIOLI, *La riduzione della penale eccessiva: poteri del giudice e oneri di parte*, secondo cui in tema di clausola penale il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio.

⁸ Secondo Bianca poi (C.M. BIANCA, *La nozione di nullità*, in *I contratti, Diritto civile*, vol. III, Giuffrè, 1993, 577) nell'attuale tematica del contratto si assiste al prevalere di un'esigenza di controllo esterno del contratto che porta ad accentuare l'importanza della nullità come strumento di tutela di interessi generali dell'ordinamento. E ben può ritenersi che gli interessi del fisco possano essere ritenuti interessi generali dell'ordinamento.

⁹ La lettura dei lavori preparatori è estremamente deludente perché nulla si ricava circa la ratio della legge (che peraltro è evidente: la repressione dell'evasione fiscale): si dice solo che la disposizione in questione ha natura "sanzionatoria".

¹⁰ La norma infatti induce sia il locatore che il conduttore a registrare il contratto, il primo per impedire che a seguito della dichiarazione di nullità del contratto il conduttore possa chiedere indietro i canoni pagati (anche se poi ci sarebbe la possibilità per il locatore di agire per l'arricchimento senza causa del conduttore), e il secondo per impedire di essere sfrattato in quanto occupante *sine titulo*; tramite la registrazione inoltre si sottopone il contratto ad un controllo sociale dello stesso, così impedendo che il contratto possa contenere pattuizioni contrarie alla legge in danno del conduttore (come ad esempio limiti di durata troppo brevi).

¹¹ Cfr., in tema di fideiussione per gli immobili da costruire, l'art. 2 del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122 in cui, in caso di inadempimento ad un obbligo "esterno al contratto" è prevista la nullità del contratto; altro esempio di nullità del contratto per esigenze pubblicistiche e dunque per vizi estrinseci e non genetici del contratto è offerta dall'art. 46 del D.P.R. 6-6-2001 n. 380, in tema di immobili abusivi, che risponde alle esigenze costituzionali di porre limiti alla proprietà privata allo scopo di assicurarne la funzione sociale (art. 42, co. 2 Cost.); ancora, in tema di immobili venduti senza posteggio l'art. 41-sexies della legge 17 agosto 1942, n. 1150, cosiddetta legge urbanistica, prevede, nella sua interpretazione giurisprudenziale, la nullità del contratto di locazione di un immobile senza che venga dato in locazione anche il relativo posteggio (Cass. 19308 del 2005).

¹² Sul concetto di "potere contrattuale" cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, *Riv. dir. priv.*, 2001, 769, secondo cui l'elemento che una volta si sarebbe definito come "debolezza" di una parte rispetto all'altra, in linguaggio più moderno e accattivante viene oggi denominata asimmetria di potere contrattuale: cfr. ad es. G. VILLA, *Contratti asimmetrici tra imprese: profili generali di disciplina*, in AA.VV., *Il terzo contratto, l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese* (a cura di G. Gitti, G. Villa), Bologna, 2008, 89, il quale osserva che il contratto asimmetrico considera primariamente, ma non solo, il contratto del consumatore e quello tra imprenditori in differente posizione ma si estende ad una serie di ipotesi di settore (es. portabilità del mutuo, divieto degli agenti di assicurazione di agire come monomandatari) assai ampia e difficile da unificare: cfr. ad esempio; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica*

concludere un contratto a condizioni a sé più vantaggiose¹³ rispetto a quelle che potrebbe ottenere se il mercato si trovasse in condizioni perfettamente concorrenziali¹⁴, in cui cioè tutti i soggetti che vi operano abbiano una completa disponibilità delle informazioni necessarie per poter effettuare delle scelte razionali e consapevoli.

Lo squilibrio di potere contrattuale è dunque determinato o da una minore quantità di informazioni in capo al contraente debole (che ad esempio non sa che potrebbe ottenere uno stesso bene da un'altra impresa ad un prezzo più basso) o da una situazione – a vantaggio del contraente forte – che, da un punto di vista economico, si avvicina – in maniera più o meno accentuata – al monopolio (si pensi all'impresa titolare di un marchio famoso: essa sa che l'altro contraente, pur di assicurarsi il bene contrassegnato con quel segno distintivo, è disposto a pagare un prezzo più alto rispetto a quello che avrebbe pagato per un bene merceologicamente analogo ma non contraddistinto da quel particolare marchio).

Come si è detto, a partire dagli anni novanta sono state dettate una serie di norme a tutela del contraente debole: scopo di questa legislazione è impedire che il professionista approfitti di quello che viene definito il fallimento del mercato (ossia il fatto che dei soggetti abbiano la possibilità di abusare della propria posizione di forza).

Il potere contrattuale preso in considerazione dalle norme a tutela della concorrenza e del consumatore e dell'imprenditore debole è un potere che non discende necessariamente dalla detenzione di una posizione dominante, che è la traduzione giuridica di una posizione di monopolio o di quasi monopolio. Esso infatti non sempre prescinde dalle conoscenze e dalle capacità dei singoli contraenti; talvolta invece esso deriva da una alterazione della concorrenza sul mercato, da una situazione cioè – a vantaggio del contraente forte – che, da un punto di vista economico, si avvicina – in maniera più o meno accentuata – al monopolio (si pensi all'impresa titolare di un marchio famoso: essa sa che l'altro contraente, pur di assicurarsi il bene contrassegnato con quel segno distintivo, è disposto a pagare un prezzo più alto rispetto a quello che avrebbe pagato per un bene merceologicamente analogo ma non contraddistinto da quel particolare marchio). In tali casi, quand'anche il consumatore disponesse di tutta l'esperienza e di tutte le informazioni possibili, ugualmente sarebbe costretto a concludere contratti a condizioni a sé svantaggiose, perché non troverebbe mai sul mercato valide alternative alla prima proposta contrattuale che per ipotesi dovesse ricevere¹⁵. Le condotte anticoncorrenziali vietate dalla legge sono intese, abuso di posizione dominante, concentrazioni (rispettivamente artt. 2, 3 e 6 della l. n. 287 del 1990, cosiddetta legge antitrust).

L'abuso dello strumento contrattuale è uno dei mezzi più comuni (anche se non l'unico) mediante il quale un imprenditore che disponga di una posizione dominante sul mercato può alterare a proprio favore le condizioni di concorrenza sul mercato stesso per trarne degli illeciti vantaggi, ai danni sia dei concorrenti che dei consumatori (si pensi all'imprenditore che venda un certo bene a prezzi notevolmente elevati, approfittando ad esempio del possesso di ingenti scorte e della contemporanea momentanea difficoltà di rifornimento di quello stesso bene per i concorrenti). E' evidente in effetti che, di fronte a situazioni di squilibrio di potere contrattuale, lasciare alle parti la completa libertà di determinare autonomamente il contenuto del contratto significa non tanto consentire alle parti di raggiungere il miglior assetto di interessi possibile, quanto, soprattutto, fare il gioco del contraente forte, il quale può avvantaggiarsi del proprio maggior potere contrattuale per concludere un contratto a condizioni per lui molto favorevoli.

Il potere contrattuale preso in considerazione dalle nuove norme a tutela del consumatore e imprenditore debole è dunque un potere che prescinde sia dalla detenzione di una posizione dominante sul mercato della quale si abusi (e

tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, Torino, 2004, 10, che accenna all'esistenza di un dibattito su cosa si debba intendere per potere di mercato.

¹³ Per condizioni vantaggiose occorre fare riferimento non solo al prezzo dei beni o dei servizi forniti (cosiddetto equilibrio economico del contratto) ma anche per quanto riguarda le altre clausole dell'accordo (cosiddetto equilibrio normativo del contratto: si pensi ad esempio alla facoltà concessa solo all'imprenditore di recedere senza congruo preavviso): quest'ultimo aspetto peraltro incide naturalmente direttamente e in maniera rilevante sui costi del bene venduto e dunque diventa fondamentale nella scelta del prezzo al quale vendere il bene stesso.

¹⁴ Una situazione di concorrenza perfetta si realizza in assenza di costi di transazione: si immagina ad esempio che il consumatore non debba sopportare alcuna spesa aggiuntiva in termini di tempo impiegato e di spese di trasporto per rivolgersi ad un produttore o ad un altro. Cfr. R. A. POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, 46, *Univ. Chicago law review*, 1979, 281; R.H. COASE, *The problem of social cost*, 3, in *Journal Law & Economics*, 1960, 55; F. DENOZZA, *Antitrust*, Bologna, 1988, 57.

¹⁵ Se così ad esempio le case automobilistiche concludono un'intesa anticoncorrenziale con riguardo alle utilitarie, decidendo ad esempio di vendere tutti l'analogo modello di piccole dimensioni per la città a diecimila euro (anziché a novemila come sarebbe avvenuto se non si fossero messi d'accordo), poco importerebbe che il consumatore che si rechi da un concessionario FIAT per comprare una macchina di piccola cilindrata sia o meno a conoscenza che un'utilitaria del tutto analoga è venduta dalla FORD allo stesso prezzo: non si tratterebbe comunque di una valida alternativa. Il consumatore che volesse acquistare l'autovettura di piccole dimensioni sarebbe comunque costretto a spendere diecimila euro.

quindi non sempre può essere sanzionato ai sensi della legge *antitrust*) sia da ragioni riguardanti le condizioni contingenti in cui è avvenuta la stipula del singolo contratto (ad esempio dolo, errore, violenza, oppure lo stato di pericolo di uno dei due contraenti, al verificarsi del quale già soccorrevano le norme del codice civile del 1942 – e prima ancora quelle del codice civile del 1865¹⁶ - in tema di rescissione di cui agli artt. 1448 ss. c.c.¹⁷). Tale potere contrattuale dipende invece semplicemente dall'esperienza, dalle conoscenze delle condizioni di mercato, dalle capacità di condurre le trattative del contraente forte, che la legge individua nella figura del professionista, che può essere o un imprenditore ex art. 2082 c.c. o un professionista intellettuale ex art. 2229 c.c. ss. In altre parole lo squilibrio di potere contrattuale può essere determinato semplicemente da una minore quantità di informazioni in capo al contraente debole (che ad esempio non sa che potrebbe ottenere uno stesso bene da un'altra impresa ad un prezzo più basso). Il professionista è quel soggetto, descritto dall'art. 3, lett. a, del codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005)¹⁸ che esercita professionalmente, ossia in maniera stabile e non occasionale, un'attività a fini di lucro, che lo porta naturalmente a concludere contratti con una frequenza ben maggiore rispetto alle sue controparti contrattuali.

E' evidente in effetti che, di fronte a situazioni di squilibrio di potere contrattuale, lasciare alle parti la completa libertà di determinare autonomamente il contenuto del contratto significa non tanto consentire alle parti di raggiungere il miglior assetto di interessi possibile, quanto, soprattutto, fare il gioco del contraente forte, il quale può avvantaggiarsi del proprio maggior potere contrattuale per concludere un contratto a condizioni per lui molto favorevoli¹⁹.

2. Il contraente debole nella legislazione fino agli anni ottanta

Già il codice civile del 1942 aveva previsto, agli artt. 1341 e 1342 c.c., una disciplina, quella delle condizioni generali di contratto, per certi versi di favore nei confronti del contraente debole: tali norme stabiliscono infatti che, nei contratti conclusi mediante moduli o formulari (cosiddetti contratti conclusi in serie, come sono ad esempio quelli stipulati da una compagnia telefonica con i propri clienti, in cui quest'ultimi non hanno la possibilità di

¹⁶ Cfr. gli artt. 1529 ss. di tale codice. Secondo l'art. 1529 il venditore che è stato leso di oltre la metà nel giusto prezzo di un immobile ha il diritto di chiedere la rescissione della vendita; secondo l'art. 1530, per conoscere se vi è lesione oltre la metà, si deve stimare l'immobile secondo il suo stato e valore al tempo della vendita.

¹⁷ I presupposti stabiliti in generale dall'art. 1448 c.c. per l'azione di rescissione per lesione sembrano rispondere per certi versi alle stesse ragioni giustificative sia delle norme a tutela del contraente debole sia di quelle in tema di *antitrust*, ossia il divieto di abuso del proprio potere contrattuale. L'art. 1448 c.c. consente infatti la rescissione del contratto quando il contraente lo abbia concluso in stato di bisogno, l'altra parte abbia approfittato di tale stato per trarne vantaggio e la prestazione ricevuta dalla parte danneggiata abbia un valore inferiore alla metà rispetto a quella conseguita dall'altra parte. Lo "stato di bisogno" di cui all'art. 1448 c.c. è in effetti una situazione in cui un soggetto ha la necessità di procurarsi un determinato bene, e, pur di conseguirlo, è disposto a pagarlo un prezzo eccedente quello che si sarebbe formato sul mercato se lo stesso bene fosse venduto in condizioni di concorrenza perfetta. La mancanza di libertà di scelta, tipica di una situazione di alterazione delle condizioni di concorrenza del mercato a seguito di condotta contraria alla legge *antitrust* è del resto citata dalla Cassazione in riferimento allo stato di bisogno: cfr. Cass. 15 febbraio 2007, n. 3388, secondo cui lo stato di bisogno consiste in una situazione psicologica del contraente che lo induce ad una meno avveduta cautela derivante da una minorata libertà di contrattazione; Cass., 9 gennaio 2007, n. 140, secondo cui si ha approfittamento quando l'acquirente, conoscendo lo stato di bisogno del venditore, si rende conto che le prestazioni contrattuali sono fortemente sperequate a vantaggio di esso acquirente, ed egli, sotto tale spinta psicologica, presta il suo consenso al contratto, manifestando così la volontà di usufruire della situazione (cioè del *menomato potere negoziale* e della ridotta libertà contrattuale del venditore, conseguente al suo stato di bisogno) per trarne vantaggio; cfr. anche Cass., 8 giugno 2004, n. 10815, secondo cui lo stato di bisogno induce il contraente ad una meno avveduta cautela derivante da una minorata libertà di contrattazione. Tuttavia, l'art. 1448 c.c., chiede anche il requisito della lesione *ultra dimidium*, che in ben pochi casi di abuso del contraente forte del proprio potere contrattuale potrà essere rinvenuto (si pensi ad esempio al caso oggetto di Cass., S.U., 20 gennaio 2005, n. 2207 (in *Danno resp.*, 2005, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, 2005, 949), in cui il danno è stato individuato in un sovrapprezzo del 20% pagato dai consumatori alle compagnie di assicurazione); la tutela del contraente debole assicurata dalla disciplina del consumatore invece interviene a prescindere dalla valutazione delle rispettive prestazioni; quella della legge *antitrust* richiede invece che la restrizione della concorrenza, e dunque lo squilibrio di potere contrattuale, abbia assunto una certa consistenza. Peraltro la disciplina a tutela del consumatore non permette di incidere sull'equilibrio economico del contratto ma solo su quello normativo.

¹⁸ Secondo l'art. 3, co. 1, lett. c, del codice del consumo è professionista la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale.

¹⁹ Cfr. Cass., 28 ottobre 2008, n. 25888, la quale ha affermato che alla stipulazione di un contratto collettivo di lavoro concorrono, in condizioni di *parità*, le contrapposte associazioni in rappresentanza dei singoli iscritti. Ne consegue che resta estranea a tale ambito l'applicazione dell'art. 1341 c.c., dovendosi escludere che le norme del contratto collettivo provinciale costituiscano condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti, nonché dell'art. 1469-bis c.c. (nel testo vigente "*ratione temporis*"), la cui disciplina riguarda i contratti stipulati dal consumatore con un professionista.

contrattare le singole clausole contrattuali ma possono solo “prendere o lasciare”), alcune clausole, ritenute vessatorie per la parte che non le abbia predisposte, siano valide solo se singolarmente sottoscritte. Anche altre norme del codice del 1942, pure esse tuttora vigenti, sono poste a presidio dell’equilibrio contrattuale: si pensi alla disciplina dell’annullabilità del contratto per dolo, errore, violenza di cui agli artt. 1427 ss. c.c. o a quella della rescissione per lesione di cui agli artt. 1447 ss. c.c. o ancora a quella della inserzione automatica di clausole di cui all’art. 1339 c.c.²⁰.

Queste norme sono tuttavia accomunate dalla circostanza di non richiedere, per la loro applicabilità, il possesso in capo a qualcuno dei contraenti di un particolare *status*. Così ad esempio il contratto è annullabile per dolo quale che sia il soggetto che ponga in essere la condotta ingannevole, sia egli un imprenditore, un lavoratore, un consumatore o un professionista intellettuale. L’unica eccezione significativa era rappresentata dalla disciplina, attualmente in vigore (e anzi rafforzata nel tempo da varie leggi speciali), del contratto di lavoro subordinato di cui agli artt. 2096 ss. c.c., in virtù della quale al lavoratore (e solo a lui), in virtù della sua particolare condizione soggettiva, ritenuta particolarmente meritevole di tutela, venivano e vengono tuttora riconosciute particolari garanzie. Il sistema normativo italiano non era però fornito di un’organica disciplina a tutela dell’equilibrio contrattuale basata sulla rilevanza dello *status*.

L’unica norma del codice civile del 1942 che può ricondursi al concetto secondo il quale per l’applicabilità della norma stessa è necessaria una determinata qualifica soggettiva è il secondo comma dell’art. 1176 c.c., il quale, nel disciplinare il livello di diligenza esigibile nell’adempimento dell’obbligazione, fa implicito riferimento alla figura del professionista.

Già a partire all’incirca dagli anni settanta, parallelamente all’entrata in vigore del c.d. statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300, che riconosce agli stessi importanti diritti), su impulso della dottrina²¹, si era cominciato ad avvertire in maniera sempre più pressante l’insufficienza delle norme poste a tutela dell’equilibrio contrattuale del codice civile in alcune ipotesi in cui i contratti fossero conclusi dall’imprenditore - considerato contraente “forte” - con altri soggetti, c.d. contraenti “deboli”, diversi dal lavoratore. Si iniziava cioè ad acquistare la consapevolezza che le teorie che avevano esaltato l’autonomia delle parti nella determinazione del contenuto del contratto, sul presupposto che le stesse fossero i migliori arbitri dei loro interessi, non fossero più soddisfacenti di fronte a fenomeni, sempre più frequenti, in cui una delle parti disponga di un potere contrattuale nettamente maggiore rispetto all’altra non per ragioni riguardanti le condizioni contingenti in cui è avvenuta la stipula del singolo contratto (ad esempio lo stato di pericolo di uno dei due contraenti) ma in virtù dell’esperienza, delle conoscenze delle condizioni di mercato, delle capacità di condurre le trattative, tutte capacità che normalmente ineriscono allo *status* di imprenditore, che è quel soggetto che esercita professionalmente, ovverosia in maniera stabile e non occasionale, un’attività economica, e che dunque svolge un lavoro che lo porta naturalmente a concludere contratti con una frequenza ben maggiore rispetto ad altri soggetti. In virtù delle suddette qualità proprie dell’imprenditore, questi in molti casi ha la possibilità di concludere un contratto a condizioni per se stesso vantaggiose, non solo per quanto riguarda il prezzo dei beni o dei servizi forniti (cosiddetto equilibrio economico del contratto) ma anche per quanto riguarda le altre clausole (cosiddetto equilibrio normativo del contratto: si pensi ad esempio alla facoltà concessa solo all’imprenditore di recedere senza congruo preavviso²²).

Tutto ciò si verifica, si badi bene, pur interpretando il contratto alla luce dei principi di correttezza e di buona fede, i quali impongono alle parti di salvaguardare l’utilità dell’altra nei limiti di un non apprezzabile sacrificio. Tali principi infatti, anche se nel caso dei contratti dei consumatori – secondo gli artt. 39 e 52 del codice del consumo – devono essere valutati alla stregua delle esigenze di protezione dei consumatori, e dunque facendo particolare attenzione ad interpretare il contratto nel senso più rispettoso possibile delle necessità dei consumatori (ad esempio ad un’effettiva informazione), non consentono tuttavia una radicale correzione dei contenuti del contratto²³.

²⁰ La severa limitazione dell’autonomia contrattuale a protezione dell’equilibrio contrattuale è confermata dalla Suprema Corte, la quale ha affermato che l’inserzione automatica di clausole, prevista dall’art. 1339 c. c., costituisce una restrizione significativa del diritto di libertà economica consacrato dall’art. 41 Cost. di cui è espressione l’autonomia privata, e deve quindi trovare il suo fondamento in una legge formale o in un altro atto avente valore di legge in senso sostanziale o da esso richiamato tramite rinvio integrativo (Cass., 30 luglio 2007, n. 17746).

²¹ Cfr. G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull’impresa*, Bologna, 1977 69; M. BESSONE, *Gli standards dei contratti d’impresa e l’analisi economica del diritto*, in *Giur. merito*, 1984, 982; R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979.

²² Cfr. Trib. Roma, ord. 17 aprile 2009 e 14 gennaio 2009, *Foro it.*, 2009, I, 3513.

²³ Cfr. in questo senso P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in Roppo (a cura di), *Il Contratto del duemila*, Torino, 2005, 802, il quale afferma che nel contesto dei contratti del consumatore il principio di buona fede si manifesta con una pregnanza finora sconosciuta nel diritto italiano.

La parte forte non ha la necessità di ingannare l'altro contraente, di usargli violenza o di approfittare di un suo stato di pericolo, ma semplicemente, lo si ripete, gli è sufficiente sfruttare il maggior potere contrattuale che normalmente è proprio dell'imprenditore quando contratta con un soggetto che imprenditore non è, che si appresta a diventarlo o lo è appena diventato, o che lo è ma si trova in assenza di valide alternative sul mercato, ovvero, come si vedrà meglio in seguito, senza un'effettiva possibilità di scegliere il soggetto con cui contrarre.

Questo mutamento di prospettiva, che ha portato il legislatore ad attribuire, nella conclusione di un contratto, rilevanza allo *status* di imprenditore, nasce da un più attento bilanciamento di alcuni valori costituzionali²⁴. Se infatti la libertà negoziale è espressione del principio della libera esplicazione della personalità umana nei rapporti sociali (art. 2 Cost.), di quello di uguaglianza in senso formale (art. 3, co. 1, Cost.: tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge) e di quello della libertà dell'iniziativa economica (art. 41, co. 1, Cost.), è anche vero che tali principi devono essere necessariamente contemperati con altri, ugualmente importanti, che impongono la tutela del contraente debole e che sono rappresentati da quello dell'uguaglianza sostanziale (lo Stato si impegna a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto l'uguaglianza dei cittadini: art. 3, co. 2, Cost.)²⁵, da quello della solidarietà sociale (di cui sono espressione l'art. 2 Cost. – la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale – e l'art. 41, co. 2, Cost.²⁶ – l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale) e da quello della “tutela della concorrenza” (che determina prezzi più bassi sul mercato e quindi condizioni contrattuali più favorevoli per il contraente debole, che di solito è l'acquirente dei beni)²⁷.

La concorrenza – a seguito di una riforma costituzionale del 2001 – è contemplata espressamente dall'art. 117 della Costituzione fra le competenze attribuite alla potestà legislativa statale; prima di tale riforma invece la tutela della concorrenza non era espressamente contemplata e la si riteneva riconosciuta implicitamente nei concetti di “libertà dell'iniziativa economica” e di “utilità sociale quale limite a suddetta iniziativa” di cui all'art. 41 della Costituzione.

L'art. 117 Cost. nella versione riformata stabilisce inoltre che la legge italiana deve conformarsi alla normativa comunitaria, che da un lato considera il raggiungimento e il mantenimento di una situazione di concorrenza sui mercati un obiettivo prioritario (cfr. artt. 101, 102 e 106 del Trattato di Roma del 25 marzo 1957, c.d. TFUE) e dall'altro si prefigge anche il raggiungimento di un elevato livello di protezione del consumatore (cfr. artt. 4, 12, 114, 169 del TFUE).

Queste norme poste a protezione del contraente debole si estrinsecano in una disciplina ispirata da caratteri di imperatività²⁸ e da principi fortemente diversi rispetto a quelli del codice civile: obblighi di informazione a carico del contraente forte (in contrasto con il principio del dovere di informare entro i soli limiti della buona fede di cui all'art. 1337 c.c.); divieto per quest'ultimo di apporre una serie di clausole (ad esempio di recesso senza preavviso) senza che quest'ultime siano state oggetto di trattative (e in alcuni casi anche a prescindere da queste, in contrasto con il principio della libera determinazione del contenuto contrattuale di cui all'art. 1322 c.c.); facoltà di recesso a

²⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2008, *passim*.

²⁵ Cfr. E. GIANFRANCESCO, *Libertà d'impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, *Giur. cost.*, 2005, 2215, secondo cui il co. 2 dell'art. 3 Cost. non tende a garantire in fatto in modo uguale per tutti il concreto godimento dei diritti di libertà o, addirittura, a costruire una società di uguali: esso intende rimuovere le disuguaglianze che alterano le condizioni di partenza dei cittadini a scapito della capacità e del merito individuali e di una identica potenzialità di affermazione. Cfr. altresì V. CRISAFULLI, *Ancora in tema di uguaglianza*, *Giur. cost.*, 1959, 743, secondo cui la disciplina legislativa deve essere congruamente adeguata al proprio oggetto, norme comuni, norme speciali, generali e di deroga presuppongono l'accertamento di esigenze oggettive, coerentemente assunte ad elemento integrante le rispettive fattispecie: differenziazioni di trattamento le quali siano palesemente prive di ragionevolezza si tradurrebbero in veri e propri privilegi, in favore o contro singoli soggetti o particolari gruppi di soggetti. Né varrebbe argomentare in contrario, adducendo la presenza di non poche norme della Costituzione, a cominciare da quella della seconda parte dell'art. 3, che autorizzano, ed anzi prescrivono, l'emanazione di leggi dirette a tutela del lavoro subordinato, e perciò in ultima analisi, di discriminazioni in favore di coloro che rientrano nelle categorie rispettivamente indicate. Giacché queste ed altre simili norme non tendono a dir vita a privilegi, quanto, al contrario, a sopprimere o ridurre privilegi (esistenti in fatto), realizzando una giustizia sostanziale, che non può essere negazione, ma sviluppo e arricchimento della giustizia formale proclamata nel primo comma dell'art. 3; non legittimano arbitrarie e capricciose discriminazioni, ma discriminazioni rispondenti a determinati criteri oggettivi di pubblico interesse; lungi dal provare, pertanto, contro la più larga interpretazione del principio dell'art. 3, primo comma, ne costituiscono piuttosto indiretta conferma.

²⁶ G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, *Riv. dir. civ.*, 2004, 847, secondo cui il rispetto dell'utilità sociale condiziona tutto il mercato e tutte le attività di mercato. Se il contratto, anche “d'impresa”, non è tenuto a perseguire l'utilità sociale, pur tuttavia deve essere ad essa conforme.

²⁷ Cfr. in questo senso C.M. BIANCA, *Il contratto*, III, Milano, 1987, 35.

²⁸ La ratio sottesa alla imperatività delle disposizioni consumeristiche e alla conseguente irrinunciabilità deve essere individuata non soltanto nella necessità di tutelare la parte debole del rapporto, ma anche in quella di regolamentare il mercato, attraverso norme non derogabili dalle parti.

favore del contraente debole (in deroga al principio di cui all'art. 1372 c.c. secondo cui il contratto può essere sciolto solo su accordo di tutte le parti); inversione dell'onere della prova a favore del contraente debole (in contrasto con il principio, di cui all'art. 2697 c.c., che chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento); obbligo di osservare la forma scritta (in contrasto rispetto al principio ricavabile dall'art. 1350 c.c., secondo cui la regola è quella della libertà della forma), nullità di protezione (nel senso che può essere fatta valere solo dal contraente debole) in caso di trasgressione a molti di questi obblighi (in contrasto con il principio dell'assolutezza della nullità di cui all'art. 1421 c.c.).

Tale legislazione costituisce in parte attuazione di direttive comunitarie, e in parte è conseguenza di un più corretto bilanciamento di valori costituzionali e della maggiore attenzione che la Costituzione e soprattutto l'Unione europea rivolgono al buon funzionamento dei meccanismi della concorrenza.

3. Gli anni novanta e l'emersione degli "status": contraente "forte" e contraente "debole"

Il legislatore, a cominciare dagli anni novanta, si è dato carico di porre rimedio alle descritte situazioni di squilibrio contrattuale²⁹, e ha dapprima provveduto ad emanare una legge a tutela della concorrenza e del mercato (la l. n. 287 del 90) e successivamente ha dettato una serie di norme che prendono esplicitamente in considerazione lo status soggettivo del contraente "forte" e del "debole"³⁰. Queste ultime norme, per prevenire eventuali abusi dello strumento contrattuale da parte del "forte", prevedono una disciplina di protezione nei confronti dell'altro contraente. La legge, che ha necessariamente portata generale e astratta, e non ha pertanto la possibilità di indagare l'effettiva sussistenza dello squilibrio contrattuale nel caso concreto, parte da una presunzione dell'esistenza di un maggior potere contrattuale in capo al forte³¹.

Il potere delle parti di regolare a piacimento i propri interessi, principio cardine del diritto dei contratti, sembrerebbe dunque essere fortemente limitato da queste nuove discipline di tutela del contraente debole: in altre parole parrebbe derogarsi al principio secondo cui la congruità dell'equilibrio contrattuale è rimessa esclusivamente alla libera autonomia privata³².

Tuttavia le discipline in esame solo apparentemente costituiscono una limitazione della libera esplicazione dell'autonomia contrattuale; al contrario esse offrono una forte tutela a questo valore, perché prendono atto della circostanza che, in presenza di una situazione di squilibrio di potere contrattuale fra le parti, il contraente debole non è più libero nel suo diritto di incidere nella scelta dell'altro contraente o delle condizioni contrattuali, non avendo sul mercato valide ed effettive alternative³³. Ecco dunque che si coglie un altro aspetto che nella citata sentenza n. 241 del 1990 rimane solo sfondo: il principio dell'autonomia contrattuale trae giovamento, nuova linfa, da una sua apparente limitazione, che in realtà però è limitazione solo del suo abuso.

Più in generale, può affermarsi che, accanto ai principi classici in materia contrattuale, tuttora validi quando non venga in rilievo uno squilibrio di potere contrattuale determinato dal possesso in capo ai contraenti di determinati status soggettivi, sono stati recentemente valorizzati e si sono ormai affermati altri principi, diversi ma applicabili a situazioni diverse, come tali perfettamente compatibili con i primi in ragione di un corollario del generalissimo principio di uguaglianza, secondo cui vanno trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali (quali sono appunto quelle in cui invece vengano in rilievo delle particolari qualifiche soggettive)³⁴. Contraente "forte" è, a

²⁹ A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 6, secondo cui al deficit di potere economico del contraente debole rispetto al potere economico delle imprese può porsi rimedio con l'ausilio delle regole giuridiche.

³⁰ A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri, A. Zoppini, Bari, 2008, 15, il quale rileva come negli ultimi anni vi sia stata una valorizzazione della nozione di status quale esito del ruolo sociale o economico che il soggetto assume nel traffico negoziale, sia esso un lavoratore subordinato o autonomo economicamente dipendente, un consumatore, un inquilino, un imprenditore debole.

³¹ Cfr. in questo senso SCARSO, *Il "contraente debole"*, Giappichelli, Torino, 2006, 67.

³² F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, *Contr. impr. Eur.*, 2005, 509.

³³ Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 788, secondo cui c'è asimmetria di potere contrattuale fra consumatori e professionisti, ma non solo: anche relazioni non riconducibili a tale coppia – come quelle fra subfornitori e committenti, fra agenti e preponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori – contrappongono una parte dotata di superiore potere contrattuale a una parte con potere contrattuale inferiore.

³⁴ Cfr. N. LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 8, secondo cui il riferimento al consumatore ha reso plasticamente evidente il superamento della vecchia categoria della soggettività giuridica in quanto quest'ultimo si è venuto storicamente saldando con il postulato (che ha trovato il suo più significativo punto di emersione nella struttura del contratto) della parità delle parti che, in quanto soggetti dotati di capacità di agire e quindi in grado di valutare

seconda delle leggi che lo prendono in considerazione, o l'imprenditore o il professionista: quest'ultimo, come si vedrà, è termine più ampio rispetto a quello di imprenditore, perché comprende anche il piccolo imprenditore e il professionista intellettuale di cui agli artt. 2229 ss. c.c.

Quanto al contraente "debole" questi è identificato il più delle volte dalla legge con il consumatore, che è colui che, come si è già accennato, e come si approfondirà in seguito, agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (cfr. art. 3, lett. *a*, del codice di consumo, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)³⁵. Numerose leggi stabiliscono però una tutela dell'altro contraente a prescindere dal suo *status* e dal suo effettivo potere contrattuale: sia dunque egli consumatore o imprenditore o altro, per il solo fatto di concludere un contratto con un contraente forte. Si tratta di situazioni tali per cui o la difesa di alcuni valori costituzionali quali il diritto alla salute o alla concorrenza emerge con forza, in modo da esigere una tutela estesa a tutti i soggetti operanti sul mercato o il contraente "forte" rimane tale a prescindere dalla forza dell'altro contraente, in ragione della complessità e dei rischi del contratto (si pensi ai contratti di banca o a quelli di vendita aventi ad oggetto un immobile ancora da costruire). In altri casi infine è considerato contraente debole un altro imprenditore (subfornitura, *franchising*, agenzia, legge sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, legge sulle vendite a domicilio). A seconda delle diverse situazioni pertanto l'imprenditore può dunque essere considerato soggetto debole o forte³⁶. Peraltro, come si vedrà, l'imprenditore "debole" non riceve la stessa protezione del consumatore ma viene tutelato solo se la sua debolezza deriva da un'effettiva assenza di alternative sul mercato, non se tale debolezza discende da una difettosa o incompleta conoscenza delle alternative stesse.

4. La ratio ispiratrice delle tutele a favore del contraente debole

La *ratio* dello sviluppo di questa normativa a tutela del contraente debole, oltre che sulla già citata valorizzazione di principi costituzionali, risiede in una serie di motivazioni.

Innanzitutto il contraente debole è un soggetto normalmente "inesperto", sprovvisto in tutto o in parte delle informazioni necessarie per valutare la convenienza di un contratto, in quanto egli ne conclude di regola in un numero di gran lunga inferiore rispetto al professionista e, soprattutto, non può avere le stesse conoscenze, nel campo in cui quest'ultimo agisce, che gli consentano di effettuare scelte completamente consapevoli e razionali³⁷, anche in considerazione del fatto che negli ultimi anni si è moltiplicata l'offerta di beni sul mercato. In particolare lo sviluppo della tecnologia ha da un lato reso più perfezionati e sofisticati (e dunque più complicati e più difficili da valutare) beni un tempo già esistenti (ad esempio i computers) e dall'altro ha creato beni che prima non esistevano (ad esempio i videotelefonini); inoltre lo sviluppo delle economie di Paesi un tempo "emergenti" e che ormai possono dirsi pienamente affermati (come Cina, India, Brasile) ha aumentato a dismisura l'offerta di beni nell'ambito di uno stesso genere merceologico: si pensi alle autovetture, rispetto alle quali oggi possono contarsi migliaia di modelli diversi. Tutto ciò ha determinato l'impossibilità per il contraente debole di effettuare scelte completamente informate e consapevoli³⁸: egli non sa infatti che il mercato in alcuni casi gli offrirebbe delle condizioni migliori, grazie alle

e gestire i propri interessi, erano ritenuti assolutamente uguali di fronte alla previsione normativa con conseguente esclusione di rilevanza giuridica alla condizione personale di ciascun contraente.

³⁵ Si inizia a parlare di consumatore dal punto di vista legislativo negli anni novanta, ma la dottrina si è posta il problema della tutela del consumatore e più in genere del contraente debole già a partire dagli anni settanta: cfr. G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977, 69; M. BESSONE, *Gli standards dei contratti d'impresa e l'analisi economica del diritto*, in *Giur. merito*, 1984, 982; R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979; V. BUONOCORE, "La cultura giuridica dagli anni sessanta ad oggi" e *il diritto commerciale*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 4.

³⁶ Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, *Riv. dir. priv.*, 2001, 788, secondo cui c'è asimmetria di potere contrattuale fra consumatori e professionisti, ma non solo: anche relazioni non riconducibili a tale coppia – come quelle fra subfornitori e committenti, fra agenti e preponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori – contrappongono una parte dotata di superiore potere contrattuale a una parte con potere contrattuale inferiore. F. BOCCHINI, *Nozione normativa di consumatore e modelli economici*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 2373, secondo cui una tutela emersa in funzione di soggetti considerati istituzionalmente deboli, quali sono i consumatori, tende progressivamente ad estendersi in favore di quanti si presentino deboli nei rapporti di mercato. Del resto, nel codice civile tedesco, che come si è detto disciplina i contratti del consumatore, il soggetto che si contrappone al consumatore (l'*Unternehmer*) comprende oltre all'imprenditore in senso stretto di cui al codice di commercio (*Kaufmann*) anche il libero professionista (*Freiberufler*).

³⁷ Si tratta dello stesso concetto che è descritto nel codice del consumo, a proposito della pubblicità ingannevole (art. 20), la quale è considerata come uno strumento che consente di pregiudicare il comportamento economico di un soggetto.

³⁸ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98, cit. secondo cui il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13/CEE è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in

quali ad esempio potrebbe non accettare le clausole vessatorie che invece, per ipotesi, avrebbe deciso di accettare se non ci fosse la disciplina dettata a sua tutela dal codice del consumo che, con l'art. 33, co. 2, attribuisce validità alle clausole vessatorie solo se oggetto di trattativa (e anche in presenza di quest'ultima, in alcuni casi le considera nulle: cfr. art. 36, co. 2). Conseguentemente si è deciso in sede comunitaria di adottare una politica di protezione del consumatore.

Inoltre, la sempre più diffusa standardizzazione dei contratti, impedisce l'instaurarsi di una contrattazione sia sul loro contenuto complessivo che su quello di singole clausole. A tale proposito l'esperienza ha dimostrato che la disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.³⁹) si è rivelata non soddisfacente per realizzare un'adeguata protezione del consumatore⁴⁰, perché il fatto che venga richiamata l'attenzione su una clausola particolarmente onerosa non attribuisce anche il potere di modificarla⁴¹. È stato anzi molto autorevolmente osservato che la disciplina delle condizioni generali di contratto deve ritenersi piuttosto una normativa di favore dell'impresa, in quanto attribuisce validità alle condizioni generali per il solo fatto della loro conoscibilità, con la sola eccezione delle clausole vessatorie⁴².

una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse.

³⁹ Si noti che l'art. 1341 c.c. stabilisce la vessatorietà della clausola che preveda deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, venendo in rilievo esigenze di tutela del contraente più debole; quanto alle deroghe alla giurisdizione, invece, assumendo importanza anche esigenze di carattere internazionale, il legislatore della legge n. 218 del 31 maggio 1995 (riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), nell'ambito di un'imponente tendenza alla "delocalizzazione" della giurisdizione, manifestatasi, anche per ragioni di concorrenza commerciale, negli usi del commercio internazionale, nella normativa patrizia internazionale e negli ordinamenti sopranazionali, ha dichiaratamente e legittimamente voluto favorire una più libera esplicazione dell'autonomia privata nella scelta della giurisdizione. Su queste basi la Corte costituzionale ha, con ordinanza n. 428 del 2000, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1341 e 1342 c.c. nella parte in cui non richiedono la specifica approvazione per iscritto anche delle clausole che sanciscono deroghe alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria. Nella motivazione la Corte costituzionale ha rilevato che comunque i consumatori ricevevano una tutela da tali norme.

Nel sistema della Convenzione di Bruxelles, la competenza dei giudici dello Stato contraente sul territorio del quale risiede il convenuto costituisce il principio generale, sancito dall'art. 2, co. 1, di tale Convenzione. In deroga a tale principio la stessa Convenzione prevede dei casi tassativi in cui il convenuto può o deve essere citato dinanzi al giudice di un altro Stato contraente: uno di questi casi riguarda il consumatore-attore, il quale, secondo l'art. 14 della Convenzione, può citare il convenuto dinanzi al giudice dello Stato sul territorio del quale risiede il consumatore.

⁴⁰ Tale disciplina peraltro, non rientrando nell'ambito di quella di recente emanazione, al contrario di quella di cui agli artt. 33 ss. del codice del consumo, non fa riferimento, ai fini della sua applicabilità, al possesso di un particolare status, e dunque si applica anche ai rapporti tra imprenditori e non solo a quelli tra imprenditori e consumatori.

⁴¹ Nel caso di clausola significativamente squilibrata e non approvata per iscritto potrebbe pertanto porsi il problema del se debba prevalere la disciplina di cui all'art. 1341 co. 2. (che dispone l'inefficacia, ma l'interpretazione giurisprudenziale della norma è per la nullità della clausola, che può eventualmente estendersi all'intero contratto ex art. 1419 c.c.) o quella di cui all'art. 36, co. 1 (nullità della clausola, mentre il contratto rimane valido per il resto). Tuttavia il nuovo testo dell'art. 1469-bis c.c. secondo cui le disposizioni in tema di contratto in generale si applicano ai contratti del consumatore solo ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore) sembrerebbe risolvere il problema: se la clausola è stata inserita da un professionista in un contratto con un consumatore si applica solo il codice del consumo in quanto costituisce una disposizione più favorevole (salvo che una clausola risulti vessatoria non ai sensi dell'art. 33 del codice del consumo ma solo ai sensi dell'art. 1341 c.c., nel qual caso si applicherà quest'ultima norma); altrimenti si applica solo la disciplina del codice civile. Cfr. Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, secondo cui la disciplina di tutela del consumatore posta dagli artt. 33 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo) è volta a garantire il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso sostanziandosi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale, con la conseguenza che la vessatorietà della clausola può ben attenere anche al rapporto contrattuale che sia stato singolarmente ed individualmente negoziato per lo specifico affare (come nella specie, concernente un contratto di appalto privato di lavori di ristrutturazione di un immobile), risultando, quindi, categoria diversa dall'onerosità ex art. 1341, secondo comma, c. c., con cui concorre unicamente nell'ipotesi, per l'appunto, di contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti.

⁴² G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 843-844, secondo cui nella disciplina delle condizioni generali di contratto il favore per l'impresa e per il suo operare nel mercato appare evidente, poiché esse sono efficaci con la semplice conoscibilità, creando così nell'altra parte un onere di conoscenza (co. 1 dell'art. 1341 c.c.), salva la necessità dell'approvazione specifica delle clausole vessatorie (co. 2 dell'art. 1341, co. 2). Pertanto quest'ultima norma, più che essere posta a favore del contraente debole, si pone più modestamente come un argine posto alla deroga di cui al co. 1 dell'art. 1341 c.c. alla necessaria conoscenza del contenuto del contratto, argine peraltro che si limita a garantire la conoscenza della clausola vessatoria da parte di chi la sottoscrive, non anche la facoltà di incidere sul suo contenuto.

Alla diffusione dei contratti in serie si affianca la rapidità e la fretta della loro conclusione, con la conseguente scarsa possibilità di meditare sulla convenienza degli stessi; l'effetto sorpresa di contratti la cui conclusione viene sollecitata per la strada, o per mezzo del telefono; la componente ludica insita nella possibilità di negoziare via *internet*; l'affermazione di campagne pubblicitarie sempre più subdole, capillari e aggressive: il contraente forte è in grado cioè di sfruttare l'assenza di ponderazione, l'emotività e l'irrazionalità di una scelta fatta sulla suggestione di un momento, la forza persuasiva della pubblicità.

L'ordinamento giuridico tuttavia ritiene che sia meritevole di tutela il soggetto inesperto solo se questi non pretenda di confrontarsi professionalmente con il mercato, agendo cioè per una finalità imprenditoriale. Un sistema economico basato sul principio del libero mercato e della concorrenza non può infatti permettere che un soggetto che si rivolga al mercato non abbia la competenza necessaria per negoziare e per rendersi conto della convenienza o meno di un affare. Tale differenziazione si spiega perché solo il consumatore è per così dire giustificato per la sua ignoranza delle condizioni di mercato: non sa infatti che il mercato in alcuni casi gli offrirebbe delle condizioni migliori, grazie alle quali ad esempio potrebbe non accettare le clausole vessatorie che invece, per ipotesi, avrebbe deciso di accettare se non ci fosse la disciplina dettata a sua tutela dal codice del consumo che, con l'art. 33, co. 2, attribuisce validità alle clausole vessatorie solo se oggetto di trattative (e anche in presenza di quest'ultime, in alcuni casi le considera nulle: cfr. art. 36, co. 2).

5. La diversa portata dell'espressione "contraente debole" a seconda delle diverse esigenze di tutela

Quando si parla dei rapporti tra professionista e consumatore, spesso si considerano equivalenti le espressioni "contraente forte" e "contraente debole", ritenendosi che la prima possa sostituire la parola "professionista" e la seconda la parola "consumatore". Se ciò è vero nella maggior parte dei casi, questa equivalenza non può però assurgere a regola generale, ed occorre pertanto effettuare delle precisazioni. Mentre infatti le espressioni "contraente forte" e "contraente debole" sono atecniche, non trovano un riscontro normativo e fanno riferimento allo squilibrio di potere contrattuale precedentemente descritto ed effettivamente esistente, le espressioni "professionista" e "consumatore" hanno un preciso riferimento normativo nel codice del consumo e prescindono dall'effettiva esistenza di uno squilibrio di potere contrattuale.

Il contraente "forte" è effettivamente di norma identificato con il "professionista", che è colui che agisce nell'ambito della propria attività imprenditoriale o professionale (cfr. art. 3, lett. c, del codice di consumo, d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Contraenti forti possono pertanto essere non solo l'imprenditore ma anche il professionista intellettuale di cui agli artt. 2229 ss. c.c. (ad esempio l'avvocato o l'ingegnere) e il piccolo imprenditore. Talvolta tuttavia la legge considera contraente forte il solo imprenditore (art. 1, legge 18 giugno 1998, n. 192, in tema di contratto di subfornitura; art. 1 legge 6 maggio 2004, n. 129, in tema di contratto di *franchising*).

Quando poi la legge parla di imprenditore, questi può essere definito in maniera più ampia rispetto alla definizione classica di cui all'art. 2082 c.c.: nella legge sui ritardi di pagamento (d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231) è considerato tale (cfr. art. 2, co. 1, lett. c) ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata "o una *libera professione*".

L'art. 3 del codice del consumo definisce consumatore "la persona fisica che agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta" (anche se, come si vedrà, non è questa l'unica definizione legislativa di "consumatore"). Un'importanza fondamentale nella definizione è dunque attribuita al *fine* per il quale il soggetto compie l'atto (ad esempio la compravendita) con il quale si procura il bene. Egli può anche essere un imprenditore, ma se acquista qualcosa per un motivo non inerente la sua professione (ad esempio un produttore di lavatrici che compra un giocattolo per il figlio), è considerato, limitatamente a quel determinato acquisto, come consumatore.

Le discipline di tutela del consumatore sono dunque caratterizzate dall'attribuzione di rilevanza alla qualifica soggettiva di quest'ultimo; da tale qualifica, in relazione ad una presunzione a suo favore di inesperienza, scarsa informazione e debolezza contrattuale, discendono importantissime conseguenze nei rapporti contrattuali instaurati con il consumatore. Al contempo il differente trattamento riservato a professionista e consumatore si giustifica perché un sistema economico basato sul principio del libero mercato e della concorrenza non può tollerare che un soggetto, quale è il professionista, che abitualmente si rivolge al mercato non abbia la competenza necessaria per negoziare e per rendersi conto della convenienza o meno di un affare.

Le numerose leggi a tutela del consumatore che si sono succedute a partire dagli anni novanta sono state raccolte nel già più volte citato codice del consumo (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206), il quale costituisce una sorta di testo unico e, come si è accennato, in alcune occasioni considera consumatore semplicemente colui che ha rapporti contrattuali con un contraente forte e non solo colui che agisce per finalità non imprenditoriali. Tale codice disciplina fra l'altro le clausole vessatorie (artt. 33 ss.), i contratti conclusi fuori dai locali commerciali (artt. 45 ss.), i contratti

conclusi “a distanza” (artt. 50 ss.: ad esempio tramite *computer* o per telefono), la vendita di immobili in “multiproprietà” (artt. 69 ss.), la vendita di beni di consumo (artt. 128 ss.).

Talvolta, quando vengono in rilievo interessi quali il diritto alla salute e l'interesse al mantenimento della concorrenza, è considerato contraente debole semplicemente colui che concluda un contratto con un soggetto “forte”, senza necessità che egli rivesta anche un particolare *status* soggettivo. In queste ipotesi la terminologia utilizzata dal legislatore può dunque dare luogo ad equivoci, perché la legge continua a chiamare tale soggetto “consumatore” non intendendo però per esso colui che esercita la propria attività per finalità estranee all'attività imprenditoriale, ma considerandolo genericamente come colui che “consuma”, utilizza il bene, a prescindere dunque della destinazione di quest'ultimo all'esercizio di un'impresa.

Così, in alcuni casi la tutela generalizzata dell'altro contraente risponde all'obiettivo di tutelare la salute e la sicurezza della collettività, circostanza che prevale su qualsiasi considerazione circa lo *status* dell'acquirente. Si tratta ad esempio delle norme di cui agli artt. 5 e 6 del codice di consumo, che stabiliscono che per consumatore si intende la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali e che prevedono che sui prodotti posti in vendita debba essere chiaramente visibile l'indicazione della presenza di sostanze che possano arrecare danni all'uomo. Qui appunto la *ratio* di tutela del contraente debole sta nel diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione, che, per la rilevanza del bene protetto, non può naturalmente che esigere una tutela nei confronti di tutti, nessuno escluso. Peraltro queste norme, anche se ciò all'apparenza non sembrerebbe, hanno anche un legame significativo con la tutela della concorrenza. Infatti, l'imprenditore che abbia un potere di mercato tale da poterne abusare, potrebbe decidere di risparmiare sui costi di produzione dei propri beni ponendoli in commercio anche quando gli stessi non siano sicuri, mettendo così a repentaglio la salute dei consumatori e ottenendo al contempo il profitto necessario per fissare prezzi bassi e vincere così la concorrenza.

Ed è proprio l'esigenza di tutelare della concorrenza (artt. 41 e 117 della Costituzione) che fa sì che, nella legge *antitrust* (legge n. 287 del 10 ottobre 1990), sia considerato contraente debole chiunque concluda un contratto con un soggetto che ponga in essere una condotta anticoncorrenziale. Tale legge è posta a presidio del mantenimento di una situazione di concorrenza e del mercato, obiettivo che, come si è detto, è stato il maggiore impulso della normativa di tutela dell'equilibrio contrattuale basata sulla rilevanza degli *status*⁴³.

La giurisprudenza riconosce infatti che in caso di contratti conclusi nell'esplicazione da parte di un'impresa di una condotta anticoncorrenziale (le quali possono consistere in intese, abusi di posizione dominante o concentrazioni: rispettivamente artt. 2, 3, e 6 della legge n. 287 del 1990) non solo gli imprenditori concorrenti ma anche i consumatori possono chiedere, ex art. 2043 c.c., il risarcimento del danno, che per i consumatori consiste nella differenza tra il prezzo effettivamente pagato e quello che avrebbero pagato in condizioni di concorrenza.

La presenza di una condotta anticoncorrenziale dunque permette di sindacare la congruità del prezzo del bene o del servizio acquistato. Pertanto, mentre il contraente debole riceve normalmente protezione solo per quanto riguarda l'equilibrio normativo del contratto (si pensi al disposto dell'art. 34 del codice di consumo in virtù del quale la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attiene all'adeguatezza del corrispettivo)⁴⁴, nel caso di comportamento in violazione della legge *antitrust* gli è riconosciuta una tutela anche per quanto riguarda l'equilibrio economico del contratto. Per giungere a queste conclusioni la giurisprudenza riconosce che il bene tutelato dalla legge *antitrust* è il corretto funzionamento del mercato. Quest'ultimo è il luogo ove operano, con pari dignità e importanza, imprenditori e consumatori, soggetti entrambi parimenti meritevoli di essere risarciti in caso di condotte anticoncorrenziali che li possano danneggiare.

Ancora, in ambito bancario, gli artt. 117 e 123 del relativo testo unico (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385) affermano che i contratti bancari sono conclusi in forma scritta a pena di nullità e che questa nullità può essere fatta valere solo dal “cliente”. In questo caso dunque contraente debole è chiunque concluda contratti con una banca, sia

⁴³ F. BOCCHINI, *Nozione normativa di consumatore e modelli economici, Studi in onore di Schlesinger*, Milano, 2004, 2347, che sottolinea l'importanza del contributo che una seria disciplina di tutela del consumatore può dare alla crescita della fiducia nel mercato e dunque, in ultimi analisi, all'incremento del volume complessivo delle vendite, a beneficio del sistema economico in generale e della concorrenza; G. ALPA, *Nuove prospettive della protezione dei consumatori, Nuova Giur. civ. comm.*, 2005, II, 103, secondo cui il diritto contrattuale, nella concezione della Commissione e della Corte di Giustizia, è diventato un segmento del diritto della concorrenza; analogamente M. MONTI, *Il consumatore, operatore e beneficiario della politica comunitaria di concorrenza, Rass. Forense*, 2004, 27.

⁴⁴ Cfr. in questo senso anche Corte cost., sentenza n. 71 del 2003, la quale nell'ambito di una controversia relativa all'art. 423 cod. navigazione e ad un contratto di trasporto, ha stabilito che nel caso di contratti di cui tutte le clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile, e pertanto deve risultare chiaramente anche il maggior costo dell'operazione di trasporto in relazione alla eventuale dichiarazione di valore resa dal consumatore.

egli imprenditore o consumatore, in ragione del rilievo costituzionale che occupa la tutela del risparmio e il controllo sull'esercizio del credito (art. 47 della Costituzione⁴⁵), a prescindere da chi sia il soggetto interlocutore della banca.

In altre ipotesi la legge riserva una tutela indifferenziata a tutti i soggetti (e quindi anche all'imprenditore) a prescindere dalla sussistenza di un'esigenza di salvaguardia di valori costituzionali particolarmente rilevanti, quando l'eventuale maggiore esperienza dell'imprenditore non permetterebbe a quest'ultimo di concludere un contratto in condizioni di sostanziale parità.

Così, ad esempio, l'art. 83 del codice del consumo, concernente i viaggi e le vacanze "tutto compreso", definisce consumatore l'acquirente di un pacchetto turistico, senza ulteriori specificazioni. A sua volta il pacchetto turistico è definito come l'acquisto ad un prezzo forfettario della combinazione di almeno due elementi, fra i quali i più importanti sono il trasporto e l'alloggio. Ebbene, accade spesso che un "pacchetto" comprensivo di viaggio e di alloggio venga acquistato per motivi inerenti all'esercizio di un'impresa: nell'ipotesi in cui il viaggio e l'alloggio non risultino conformi allo standard qualitativo a cui ci si era impegnati per iscritto (ad esempio, quanto all'albergo: l'ubicazione e il livello), è evidente che l'eventuale maggiore esperienza dell'imprenditore non servirebbe ad esempio ad impedire che, una volta giunti sul posto, l'albergo non sia della categoria promessa.

Analogamente anche il divieto di pubblicità ingannevole (d.lgs. 145 e 146 del 2007) è volto a tutelare indistintamente, nei confronti dell'imprenditore, tutti i soggetti che operano sul mercato, e non solo il consumatore. La disciplina in questione si propone infatti di imporre un generale dovere di tenere un comportamento corretto nei confronti di tutti i consociati, consumatori e non, che sono destinatari dei messaggi pubblicitari. Tutti i soggetti che operano sul mercato sono considerati suscettibili di essere ingannati da messaggi pubblicitari scorretti o non veritieri, perché in tali ipotesi a ben poco potrebbe aiutare la maggiore esperienza che si presume debba essere propria dell'imprenditore e viene utilizzata una definizione molto ampia di contraente debole che non può dare luogo ad equivoci: secondo l'art. 19 del codice di consumo le disposizioni in tema di pubblicità ingannevole e comparativa sono dirette a tutelare "i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale" nonché "i consumatori".

Occorre inoltre notare che nel caso della multiproprietà (artt. 69 ss. del codice di consumo) viene apprestata una tutela differenziata per l'acquirente-consumatore e per ogni contraente in genere. L'art. 69 infatti definisce "acquirente" il consumatore in favore del quale si trasferisce il diritto in multiproprietà e solo ad esso vengono riconosciute tutte le tutele, tra le quali il diritto di recesso (art. 73). L'art. 70 invece afferma che il venditore è tenuto a consegnare "ad ogni persona" (sia dunque essa fisica o giuridica) che richiede informazioni un documento informativo, mentre il successivo art. 71 stabilisce che il contratto – a prescindere dal soggetto con il quale sia stato concluso - deve essere concluso per iscritto a pena di nullità. In questi ultimi casi dunque la tutela prevista dalla legge è riconosciuta indifferentemente a tutti gli acquirenti, siano o no essi consumatori, in ragione dei rischi cui comunque va incontro l'acquirente di una multiproprietà. In materia di acquisto di diritti di multiproprietà, la legge dunque distingue tra un contraente debole generico e un contraente-consumatore ancora più debole al quale, come tale, viene offerta una protezione ancora più ampia.

Nel caso del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, in tema di vendita di immobili ancora da costruire, è prevista una tutela (consistente nel rilascio di una fideiussione da parte del costruttore: art. 2) a favore del contraente debole quando egli sia una persona fisica (art. 1), quindi anche nel caso in cui sia imprenditore e agisca per scopi inerenti all'esercizio della propria impresa. In tal caso la tutela si spiega in parte perché l'acquirente è una persona fisica, e quindi nella maggior parte dei casi dotato di mezzi economici non imponenti, e in parte in ragione dei gravi rischi cui va incontro (analogamente a quanto avviene per la multiproprietà) l'acquirente di un immobile che deve essere ancora costruito.

⁴⁵ Cfr. Cass., 27 marzo 2009, n. 7531, pronuncia la quale ha affermato che la pubblica amministrazione è responsabile per i danni subiti dai risparmiatori che siano causalmente riconducibili alla violazione dei doveri di diligenza e correttezza nella vigilanza e nel controllo sulle società fiduciarie, trattandosi di doveri posti da norme di legge (artt. 2 l. n. 1966 del 1939 e 3 del r.d. n. 531 del 1940) da interpretarsi alla luce dei valori costituzionali a tutela del risparmio e dei principi di imparzialità e buona amministrazione (artt. 41, commi 2 e 3, 47, comma 1, e 97, comma 1, Cost.) e costituenti limiti esterni alla sua attività discrezionale, che integrano la norma primaria del "*neminem laedere*" di cui all'art. 2043 c.c.: essa è pertanto tenuta a subire le conseguenze risarcitorie della propria condotta, la quale assume i connotati dell'illecito e provoca la lesione di diritti patrimoniali quando sia stata tardiva e comunque carente nell'adozione dei provvedimenti e delle iniziative anche di informazione che avrebbero potuto proteggere i risparmiatori dal pericolo della perdita delle somme investite (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la valutazione, effettuata dal giudice di merito, di "macroscopica colpa omissiva" nel comportamento del Ministero dell'industria per avere tardivamente adottato e pubblicato il provvedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e per avere omesso di informare i risparmiatori sui rischi connessi alla situazione patrimoniale e gestionale della società).

Quanto al contraente “debole”, questi è identificato il più delle volte dalla legge con il consumatore, che è colui il quale, come si approfondirà in seguito, agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (cfr. art. 3, lett. *a*, del codice di consumo, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

In altri casi infine è considerato contraente debole un altro imprenditore (subfornitura, *franchising*, agenzia, legge sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, legge sulle vendite a domicilio). A seconda delle diverse situazioni pertanto l’imprenditore può dunque essere considerato soggetto debole o forte.

Il punto in comune fra tutte queste norme è dunque rappresentato non dal consumatore ma dal professionista, ossia da un soggetto che agisce professionalmente; inoltre tutte le discipline sono dirette a protezione del mercato. Ragion per cui sembrerebbe più coerente che il loro studio – anziché gravitare per lo più attorno a giuristi di matrice prettamente civilistica - afferisse al diritto commerciale. Ciò peraltro non escluderebbe, proprio perché si è detto che la portata di queste norme è tale da integrare principi di diritto e di integrare la parte generale del contratto, che possano proficuamente occuparsene anche i civilisti⁴⁶.

6. L’imprenditore “debole”

Accanto ad una disciplina posta a protezione del consumatore e del soggetto che opera sul mercato in genere, se ne è affiancata, più di recente, un’altra, a tutela del c.d. imprenditore “debole”, che però rispetto alla prima è in gran parte diversa. La *ratio* di fondo è tuttavia sempre quella di tutelare l’altro contraente contro eventuali abusi dello strumento contrattuale da parte di un altro imprenditore, detto “forte”, che goda di un maggiore potere contrattuale rispetto al primo. Ai fini del concetto di “debolezza”, rilevante per poter definire un imprenditore come debole, non rilevano le dimensioni dell’impresa: un piccolo imprenditore può pertanto non essere considerato debole, mentre imprenditore debole può essere anche un imprenditore di grandi dimensioni.

La legge invece, per dettare una disciplina di favore, talvolta non richiede nulla oltre allo *status* di imprenditore (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, relativo alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali); altre volte esige invece anche la conclusione o l’intenzione di concludere un determinato contratto (è il caso del contratto di agenzia, artt. 1742 c.c., parzialmente modificati dal d.lgs. 15 febbraio 1999, n. 65; del contratto di *franchising*, legge 6 maggio 2004, n. 129; dell’incarico di vendita diretta a domicilio, legge 17 agosto 2005, n. 173); altre volte infine è richiesta la verifica in concreto di un *deficit* di potere contrattuale: secondo l’art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, che vieta l’abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura (ma si tratta di norma suscettibile di applicazione anche ad altri contratti), la debolezza consiste infatti nella mancanza di valide alternative di mercato rispetto al contraente forte.

Tutte queste disciplina hanno in comune la funzione indiretta di tutelare la concorrenza, in quanto, rendendo omogenee le condizioni alle quali possono competere i soggetti sul mercato (ad esempio impedendo che qualcuno si possa avvantaggiare pagando con un ritardo irragionevole i propri fornitori,

⁴⁶ Cfr. in senso contrario P. SIRENA, *L’integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, Riv. dir. civ., 2004, 808, secondo cui le discipline di tutela del consumatore non possono essere ascritti al diritto commerciale in senso stretto, in quanto la loro ragione giustificativa non sarebbe ravvisabile nell’esigenza di introdurre norme derogatorie per facilitare l’attività imprenditoriale. E’ invece si tratta, proprio come tante norme del diritto commerciale, di norme derogatorie rispetto ad alcuni principi di diritto civile (come l’autonomia negoziale) che però non costituiscono eccezione, ma, come si è accennato vengano a loro volta a costituire anch’essi principi di carattere generale e si integrano perfettamente nel sistema giuridico generale. Al contempo non può negarsi che con tali norme venga facilitata l’attività imprenditoriale, perché favorendo la concorrenza vengono facilitate tutte le imprese che attualmente o potenzialmente vogliono accedere o giocare un ruolo nel mercato dove viene compiuto l’abuso. Sarei dunque dell’opinione che lo studio dei contratti del consumatore non possa essere disgiunto da quello dei contratti che intercorrono tra imprenditore debole e forte e che appartenga al diritto commerciale, perché si tratta di contratti che hanno come una delle parti un imprenditore, perché la loro *ratio* è quella di prevenire possibili abusi da parte dell’imprenditore, perché il valore costituzionale a cui si fa riferimento è la tutela della concorrenza e perché è utile non separare lo studio della tutela dell’imprenditore “debole” da quella del consumatore, avendo entrambe le discipline uno scopo in comune, quello appunto di prevenire possibili abusi dell’imprenditore della propria posizione di forza. E’ peraltro evidente che la disciplina del consumatore è talmente estesa e pervasiva che finisce per entrare a far parte anche nel cuore del diritto civile: si ritiene pertanto che l’importanza e la complessità della materia può solo giovare di uno studio della stessa sia da parte di “commercialisti” sia da parte di “civilisti”. Peraltro occorre segnalare che nel codice civile tedesco (BGB, nei §§ 13 e 14) è inserita la definizione di consumatore e di imprenditore così collocandosi nel codice civile (e non nel codice di commercio (*Handelsgesetzbuch*)) tutta la disciplina dei contratti con i consumatori. Cfr. sull’argomento G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d’impresa: valore sistematico ermeneutico della classificazione*, in Riv. dir. comm., 2004, 852.

così riuscendo a vendere i propri prodotti ad un prezzo inferiore rispetto ai propri concorrenti) permettono che il gioco concorrenziale si sviluppi correttamente⁴⁷.

Relativamente al divieto di abuso di dipendenza economica la differenza rispetto alle discipline di tutela del consumatore è particolarmente significativa: mentre infatti la definizione di consumatore si fonda sull'agire per finalità estranee all'attività imprenditoriale eventualmente svolta, e prescinde dall'accertamento in concreto di una situazione di debolezza contrattuale che è invece presunta dalla legge, la debolezza dell'imprenditore dipende da un'effettiva differenza di potere contrattuale e da un abuso da parte dell'altro imprenditore della sua situazione di forza.

Più in generale, mentre la tutela del consumatore si sforza soprattutto di colmare un *deficit* informativo, l'imprenditore "debole" non viene tutelato se conclude un cattivo affare perché privo delle informazioni necessarie. L'unica eccezione è rappresentata dalla legge sul *franchising*, ove l'affiliante (considerato contraente "forte") è tenuto a fornire numerose informazioni all'aspirante affiliato, ma tale eccezione si spiega, come si vedrà meglio in seguito, perché l'affiliato è un soggetto che si trova nella delicata fase di passaggio dallo *status* di consumatore a quello di imprenditore.

La differenza di potere contrattuale dipende normalmente dall'assenza, in capo all'imprenditore "debole" di una propria idea imprenditoriale, ovvero sia egli non possiede un marchio, un brevetto o un *know-how* che gli consentano di produrre dei beni in grado di differenziarsi da quelli prodotti da altri. In tal caso egli spesso cerca di entrare sul mercato attivando una collaborazione con altro imprenditore che invece disponga di questa idea imprenditoriale. Tale collaborazione può riguardare la fase produttiva o quella distributiva di un bene: nel primo caso si avrà un contratto di subfornitura, nel secondo un contratto di distribuzione (*franchising*, concessione di vendita, somministrazione finalizzata alla rivendita, agenzia). In tutti questi casi l'imprenditore "forte" concede a quello "debole", tramite licenza, la possibilità di sfruttare la propria idea imprenditoriale della quale però egli rimane pur sempre proprietario e di cui può pienamente riappropriarsi alla fine del contratto (in questo consiste infatti la licenza, che è una concessione in uso temporanea): da questa situazione, nasce lo squilibrio di potere contrattuale tra i due contraenti e la conseguente disciplina di protezione offerta dalla legge a tutela dell'imprenditore "debole".

Un esempio chiarirà meglio questo concetto. Secondo l'art. 1 della legge sulla subfornitura, in questo contratto un imprenditore (subfornitore) si impegna ad effettuare per conto di un altro imprenditore (committente) lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dal committente o si obbliga a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente.

Il subfornitore è dunque un imprenditore che riceve l'incarico di assolvere ad una fase del ciclo produttivo del committente, sulla base del *know-how* industriale o di progetti trasmessigli da quest'ultimo. Il subfornitore non ha pertanto una capacità tecnico-progettuale autonoma. Poiché ogni produttore utilizza di solito un sistema di produzione diverso rispetto a quelli dei concorrenti, il subfornitore è normalmente costretto ad acquisire conoscenze e a compiere investimenti che saranno utili soltanto nel rapporto con un determinato committente, ma che non potranno essere facilmente utilizzati con altri imprenditori che si avvalgono di sistemi di produzione diversi. Così ad esempio una grande impresa automobilistica potrebbe commissionare ad un'impresa subfornitrice posacenere di forma rotonda, destinati ad essere inseriti nella catena produttiva delle proprie automobili: il subfornitore si troverà quindi a disporre di macchinari idonei a produrre posacenere rotondi, che però non potranno essere utilizzati nel rapporto con un'altra impresa automobilistica che per ipotesi voglia per le proprie autovetture posacenere di forma quadrata (anche al fine di differenziarle da quelle del concorrente). Allo scadere del contratto di subfornitura pertanto, dovendo il committente e il subfornitore decidere l'eventuale rinnovo dello stesso, il subfornitore si troverà in una situazione di debolezza definita dall'art. 9 della stessa legge sulla subfornitura "dipendenza economica", perché egli, pur di non perdere in tutto o in parte gli investimenti effettuati, sarà disponibile a rinegoziare le condizioni contrattuali in senso più favorevole al committente (nel caso preso ad esempio vendendo i posacenere ad un prezzo inferiore rispetto a quello stabilito nel contratto precedente).

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato 2 febbraio 2009, n. 469, con la quale il Supremo organo amministrativo ha ritenuto illegittime alcune delle condizioni di un capitolato di appalto per un servizio di ristorazione del Ministero della Giustizia in quanto in contrasto con le norme in tema di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali. Dalla motivazione della sentenza, che evidenzia come l'effettuazione dei pagamenti con molto ritardo da parte della pubblica amministrazione favorisce le imprese più grandi, che più facilmente possono sopportare carenze momentanee di liquidità, si comprende come tale normativa sia volta a favorire un corretto sviluppo del gioco concorrenziale sul mercato.

7. Le ragioni di una tutela differenziata tra consumatore e imprenditore “debole”

La protezione dell'imprenditore debole di cui al divieto di abuso di dipendenza economica incontra un limite che non è proprio della tutela del consumatore: l'imprenditore, in ragione della sua professionalità (art. 2082 c.c.), deve sapersi muovere bene sul mercato (pena altrimenti la sua giusta esclusione da quest'ultimo) ed essere in grado di concludere buoni affari: se non ne è capace non può pretendere di ricevere la stessa protezione di cui invece gode il consumatore, che come si è detto è relativa soprattutto al contenuto normativo del contratto, con la sola eccezione, pur particolarmente significativa, del diritto al risarcimento del danno in caso di condotta anticoncorrenziale.

Tale differenziazione si spiega perché solo il consumatore è per così dire giustificato per la sua ignoranza delle condizioni di mercato, e dunque per il fatto di non sapere che il mercato in alcuni casi gli offrirebbe delle condizioni migliori, che gli consentirebbero di non accettare le clausole vessatorie che invece, per ipotesi, decide accettare. L'imprenditore “debole” viene invece tutelato solo se la sua debolezza deriva da un'effettiva assenza di alternative sul mercato, non se discende da una difettosa o incompleta conoscenza delle alternative stesse.

Occorre inoltre aggiungere che la disciplina dei contratti del consumatore non è suscettibile di applicazione in via analogica all'imprenditore “debole”, poiché quest'ultimo ne viene espressamente escluso dalla legge; si è inoltre già detto che la Corte costituzionale si è espressa nel senso nella non estensibilità all'imprenditore “debole” della disciplina posta a tutela del consumatore.

La norma che vieta l'abuso di dipendenza economica non pone dunque una disciplina simmetrica rispetto a quella di cui al codice di consumo, perché l'ambito di applicazione di quest'ultima normativa è normalmente ben più vasto. Non sempre infatti ad esempio quella che in un rapporto imprenditore-consumatore costituisce una clausola abusiva integra anche un abuso di dipendenza economica. La norma dettata in tema di subfornitura, al contrario della disciplina delle clausole vessatorie, necessita infatti della prova di una situazione di dipendenza economica, ovverosia di una situazione in cui un'impresa, anche in relazione all'assenza di valide alternative sul mercato, sia in grado di imporre ad un'altra una situazione di significativo squilibrio di diritti e obblighi. Nel caso delle clausole vessatorie invece il consumatore viene tutelato - purché, come è previsto nella maggior parte dei casi, non vi sia stata trattativa sulla clausola - a prescindere dall'accertamento di una situazione di assenza di alternative.

Quando però si determina una situazione di dipendenza economica e viene perpetrato il relativo abuso, la tutela offerta all'imprenditore c.d. debole è particolarmente pregnante, e supera quella garantita dai contratti del consumatore. Il divieto di abuso di dipendenza economica infatti, sanzionando anche la condotta consistente nell'imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, non esclude, come invece nel caso delle clausole vessatorie, che l'abuso possa riguardare l'adeguatezza del corrispettivo. L'imprenditore debole pertanto, al contrario del consumatore, potrà lamentare anche l'imposizione di un prezzo ingiustificatamente gravoso, a prescindere da una violazione della legge *antitrust*, e quindi anche se l'abuso di dipendenza economica è di portata assai ridotta; al contrario le condotte anticoncorrenziali - le sole, come si vedrà, che attribuiscono al consumatore la possibilità di ottenere un risarcimento del danno relativo al corrispettivo pagato in eccesso per il bene o il servizio acquistato - devono necessariamente essere di rilevanza tale da interessare almeno una parte rilevante del mercato nazionale (non è dunque ad esempio protetto il consumatore che risiede in un paesino piuttosto lontano da altri luoghi abitati e dove l'unico negozio di alimentari ne approfitti per tenere prezzi particolarmente alti). Tale lettura è confermata dalla recente modifica che ha subito l'art. 9 della legge sulla subfornitura con l'inserimento del comma 3 *bis*: la possibilità - concorrente con quella del giudice ordinario - dell'Autorità garante della concorrenza di sanzionare l'abuso di dipendenza economica quando questo abbia una rilevanza per la tutela del mercato. La circostanza rivela che questa norma è uno strumento di tutela dell'equilibrio contrattuale non solo da un punto di vista “normativo” ma anche e soprattutto da quello economico, perché l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si occupa di far rispettare la legge *antitrust* (legge 10 ottobre 1990, n. 287) che è una legge, come già accennato, diretta ad impedire le condotte anticoncorrenziali, tra le quali, *in primis*, quelle dirette a imporre prezzi eccessivamente alti.

Questa differenziazione di discipline rappresenta dunque la piena esplicazione di quello che è un fondamentale corollario del principio di uguaglianza, ossia quello secondo cui vanno trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali.