



## INTRODUZIONE



L'unificazione nel vigente codice del preesistente codice civile del 1865 e del codice di commercio del 1882 ha fatto sì che per lungo tempo la prevalente dottrina abbia ritenuto non compatibile con la sopravvenuta disciplina del codice del 1942 una distinzione tra contratti civili e contratti commerciali. A tale conclusione si perveniva evidenziando l'assenza nel vigente codice di una disciplina differenziata dei contratti commerciali, in conseguenza del manifesto intento del legislatore di attribuire a tutti i contratti una disciplina base uniforme, non influenzata dallo *status* di imprenditore, di almeno una delle parti, né dalla materia regolata dal contratto.

Su tali presupposti argomentativi si è parimenti per lungo tempo sostenuto, non senza qualche dissonante opinione, l'inutilità e l'illegittimità di una considerazione d'insieme dei contratti d'impresa, intesa come categoria nella quale ricomprendere quei contratti non solo connotati dal fatto che una delle parti sia necessariamente un imprenditore ma soprattutto dalla circostanza che il contratto espleti una funzione strumentale per l'esercizio dell'attività di impresa secondo la tipologia contenuta nell'art. 2195 c.c. Infatti, la constatazione che le classi contemplate nella norma citata riguardino attività commerciali ha indotto per lungo tempo la prevalente dottrina a ritenere che l'espressione contratti d'impresa, e la relativa considerazione di essi come categoria, altro non fosse che un modo per far rivivere la categoria dei contratti commerciali disattendendo, così, le precise scelte del legislatore operate attraverso la unificazione dei codici.

Il peso attribuito dagli operatori del diritto e, più specificamente, dalla dottrina a tale argomentazione ha portato a disconoscere l'utilità e l'ammissibilità di una considerazione unitaria, come categoria, dei contratti d'impresa. Come si è di recente osservato in un bel libro dedicato all'argomento, e pubblicato agli albori del neonato millennio, la stessa locuzione «contratti commerciali» è stata per decenni espunta dal lessico giuridico anche in funzione meramente descrittiva; al raggruppamento, anche laddove ridenominato con l'adozione dell'espressione «contratti d'impresa», è stato negato spazio e considerazione nelle

enciclopedie giuridiche e nei repertori, negli indici dei manuali tanto di diritto privato che di diritto commerciale.

L'accusa di mero costruzionismo è stata a lungo rivolta ai pochi autori che con caparbieta difendevano la legittimità e l'utilità di una considerazione d'insieme dei contratti d'impresa indicando quelle norme, nel sistema, riferibili esclusivamente ai contratti nei quali una delle parti era caratterizzata dallo *status* di imprenditore ed il contratto era stipulato in funzione strumentale all'esercizio dell'impresa.

La ricerca pur fruttuosa di aspetti comuni, particolari al raggruppamento e riferibili a tutte le figure contrattuali ad esso riconducibili, anche se atipiche, non è così riuscita per anni a fare breccia nella *communis opinio* ed a legittimare una considerazione unitaria dei contratti in questione. Sennonché a partire dai primi anni '90 dello scorso secolo profondi cambiamenti nel sistema hanno concorso a determinare, progressivamente, la crisi della tradizionale figura e disciplina del contratto allontanandolo dal modello codicistico; la spinta in tal senso parte però circa un decennio prima, negli anni '80, e trova origine soprattutto dall'irrompere delle leggi speciali e dall'incidenza di esse in settori importanti della vita economica (si pensi alla disciplina sulle locazioni urbane); nascono, così, vari microsistemi extracodicistici contenenti la disciplina di singoli tipi o classi di contratti rispetto ai quali il codice perde di centralità. Questo fenomeno legislativo a partire dai primi anni '90, in conseguenza della massiccia ricezione delle direttive comunitarie, non solo assume proporzioni imponenti incidendo in maniera significativa in tutti i settori della vita economica ma, soprattutto, si connota per la finalità di regolazione del mercato delineando *assetti di maggiore efficienza ed equità nelle relazioni fra i protagonisti istituzionali* di esso, le imprese ed i consumatori, nonché le stesse imprese tra loro.

In questo contesto normativo si va progressivamente delineando un nuovo diritto dei contratti caratterizzato da una disciplina di carattere generale, per molti e significativi aspetti derogatoria rispetto a quella codicistica nella quale è sfumata se non assente la considerazione in concreto dello *status* di imprenditore o di consumatore dei soggetti protagonisti del contratto; nelle nuove norme, invece, la considerazione dello *status* giuridico delle parti assurge a presupposto soggettivo di applicazione della disciplina.

Inoltre le nuove norme, come si è detto, sono mirate alla regolazione del mercato o, più precisamente, di singoli, specifici mercati identificati in relazione alla tipologia dei beni o servizi che formano oggetto del contratto regolato; ciò avviene: a) attraverso la creazione di gruppi di contratti, si pensi ai contratti bancari, retti da regole e principi propri, che si applicano ogni qualvolta parti del contratto sono la banca ed il cliente e che hanno valenza derogatoria rispetto

alla omologa normazione contenuta nel codice civile, ma anche ai c.d. contratti turistici, ove la disciplina di settore ad essi dedicata pone finalmente fine alle annose *querelles* qualificatorie e di riconduzione ai tipi disciplinati dal codice civile; b) attraverso la disciplina di specifiche attività e dei relativi strumenti contrattuali di attuazione, suscettibili per l'ambito nel quale si espletano a dar luogo a distorsioni ed abusi, si pensi all'attività di intermediazione finanziaria od al credito al consumo; c) attraverso la creazione di discipline di carattere trasversale applicabili a più tipi contrattuali di cui integrano e per certi aspetti ridisegnano i paradigmi normativi contenuti nel codice civile, si pensi alla disciplina della subfornitura nelle attività produttive che è applicabile ad un gruppo di contratti quali la compravendita, la somministrazione, l'appalto, il contratto d'opera integrandone la normativa di rispettivo riferimento ed in taluni casi dettando regole prevalenti rispetto ad essa; d) attraverso la creazione di nuovi tipi contrattuali, si pensi alla recente disciplina del contratto di *franchising*, o attraverso la integrazione, anche attraverso la tecnica della novellazione, della disciplina codicistica dettata per taluni tipi contrattuali, si pensi alla normativa sulla vendita dei beni di consumo.

Se la regolazione del mercato, nel senso sopra indicato, tanto nei rapporti tra consumatore ed imprenditore quanto, più di recente, nei rapporti tra imprenditori costituisce una delle prioritarie finalità della legislazione nazionale di derivazione comunitaria appare conseguenziale constatare che in tale nuovo contesto normativo si riafferma una riscoperta dei contratti d'impresa, intesi come categoria unitaria. Una considerazione complessiva e coordinata di essi, infatti, si giustifica proprio nella constatazione che nell'ordinamento sono state progressivamente introdotte norme nuove, ulteriori rispetto a quelle pur già presenti nell'originario impianto codicistico, riferibili esclusivamente ai contratti nei quali sia preliminarmente individuato lo *status* di imprenditore di una delle parti, elevato, talvolta unitamente alla individuazione nell'altra parte dello *status* di consumatore, a presupposto soggettivo di applicazione della disciplina, nella considerazione che tali norme pongono una regolamentazione uniforme e peculiare al raggruppamento ed introducono diversità sostanziali (le c.d. nullità di protezione, connotate, in virtù degli interessi che esse tutelano, da una disciplina assai diversificata rispetto al regime generale del contratto nullo; la ridotta valenza del vincolo contrattuale per il moltiplicarsi delle ipotesi di recesso *ex lege*, c.d. diritto di ripensamento o di pentimento; il moltiplicarsi di vincoli di forma, non sempre e necessariamente previsti a pena di nullità, ma comunque volti ad offrire maggiore certezza e conoscibilità dei diritti ed obblighi delle parti; il moltiplicarsi dei vincoli nella determinazione del contenuto giuridico ed in taluni casi economico del contratto) rispetto alla disciplina codicistica del contratto.

A ciò aggiungasi che se è pur vero che l'impianto codicistico dedicato alla disciplina dei singoli contratti non ha subito, a tutt'oggi, modifiche veramente sostanziali nella disciplina dei singoli tipi è altrettanto vero che la prassi negoziale si è arricchita di molteplici figure contrattuali nuove, raramente tipizzate, nate dalle esigenze del mercato specie di oltre oceano e dalla fervida fantasia degli operatori economici; parimenti è agevole constatare che molte di tali nuove fattispecie negoziali, talvolta costituenti un'evoluzione dei modelli codicistici pensati in un'ottica neutra rispetto allo *status* dei contraenti, necessariamente esigono per la loro attuazione un'organizzazione imprenditoriale ed hanno finito nella prassi dei rapporti contrattuali tra le imprese ma anche tra queste ultime ed i privati per soppiantare l'uso del modello codificato, ritenuto inadeguato a rispondere alle emergenti esigenze degli operatori così come degli utenti.

È quanto è accaduto nel campo delle garanzie personali ove alla marginalizzazione del modello fideiussorio si contrappone l'uso massivo delle garanzie c.d. «prima richiesta»; nel campo dei finanziamenti alle imprese ove il mutuo e la stessa apertura di credito rappresentano oramai strumenti superati di accesso alla liquidità, a fronte dell'affermarsi di strumenti più sofisticati come il *lease-back*, il *factoring*, il *leveraged buy out*, ecc., che, nati in contesti mercantili retti da regole giuridiche diverse dalle nostre, pongono all'operatore del diritto non pochi problemi di compatibilità con norme inderogabili del sistema; anche nell'ambito dei contratti di scambio commerciale lo schema codificato della compravendita di cose mobili, benché articolato in sottotipi presenti nell'impianto codicistico (si pensi alla vendita a prova, alla vendita a campione, alla vendita su documenti, alla vendita con trasporto, ecc.), si presenta inadeguato a cogliere le esigenze degli operatori condizionate o, più correttamente, facilitate dalla globalizzazione del mercato indotta dal proliferare di tecnologie che consentono uno scambio a distanza, che spesso prescinde dalla presenza delle parti in un luogo determinato e, dunque, asettico, senza contatti, spersonalizzato, ma non per questo meno problematico ed insidioso.

Se il panorama emergente dal mutato contesto normativo indotto dalla legislazione speciale e dalla inesauribile fantasia dei *mercatores* inequivocabilmente pongono spesso l'impresa quale soggetto imprescindibile del paradigma contrattuale è anche vero che già nel codice civile vi sono una serie di contratti – l'appalto, la somministrazione, il trasporto, la commissione, la spedizione, l'agenzia, la mediazione, l'assicurazione, taluni tipi di vendita ed altri – la cui disciplina è stata pensata nel presupposto della qualifica di imprenditore di una delle parti e viene eccezionalmente estesa alla residuale ipotesi nella quale gli stessi contratti siano invece stipulati da chi imprenditore non sia.

Su tali considerazioni si è scelto, in questo manuale, di privilegiare nella trat-

tazione dei singoli contratti quelli attraverso i quali si esplica la specifica e qualificante attività di impresa nei vari settori del mercato; la trattazione darà pertanto conto della ricostruzione della disciplina e delle problematiche di quei contratti tipici ed atipici accumulati da tale comune connotato.

L'ottica prescelta porterà, di conseguenza, a limitare l'ambito della trattazione di quei contratti contenuti nel codice civile che, per così dire, sono neutri rispetto all'attività d'impresa ampliando invece il discorso con riferimento a quegli aspetti di essi che assumono peculiare rilevanza od impongono l'applicazione di una disciplina differenziata se ed in quanto vengano conclusi da imprenditori, oppure si articolino in sottotipi ascrivibili tra i contratti dell'impresa.

Il criterio che verrà seguito per raggruppare i vari contratti, tipici ed atipici, in distinte macrocategorie è fondato sulla individuazione della funzione economica ad essi comune. La trattazione dei capitoli VII ed VIII è curata da Giacomo Porcelli che ha anche condiviso con me la stesura del capitolo VI dedicato ai contratti di credito e di finanziamento.

Napoli, 1° febbraio 2006

*Salvatore Monticelli*





## INTRODUZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE



Questa nuova edizione nasce trascorsi circa sei anni dalla precedente.

Un'eternità, in un periodo storico in cui si realizza significativamente, da un giorno all'altro, l'evoluzione dei costumi, delle esigenze dei consumatori, delle tecniche di scambio, degli strumenti negoziali e del mercato.

Quest'ultimo, in particolare, si presenta sempre meno legato ad un luogo «fissamente» esistente e, quindi, è sempre più globale, meno controllabile, più trasversale, più attento all'innovazione tecnologica, più competitivo in taluni settori ma, in altri, ove operano i grandi gruppi industriali, assicurativi, bancari, saldamente ancorato a logiche anticoncorrenziali, più spregiudicato perché attento a cogliere le falle del sistema, talvolta conseguenza di discutibili se non dissenate scelte legislative.

In questo contesto magmatico e sfuggente, gli operatori del diritto – magistrati, avvocati, notai, commercialisti, consulenti – faticano a tenere il passo con il cambiamento e, talvolta, con la stessa comprensione delle vicende che il mercato regolano e condizionano, oltre che con le fonti di produzione del diritto (comunitarie, statali, regionali, ecc.), che si accavallano in un sistema disordinato, inestricabile ed in molti casi arcano, anche per coloro che dovrebbero essere, o che studiano per essere, gli interpreti degli «*arcana iuris*» nell'era del «diritto incerto».

In questi sei anni trascorsi successivamente alla pubblicazione della I<sup>a</sup> edizione di questo manuale, l'orizzonte normativo del diritto dei contratti, è significativamente mutato per effetto di una pluralità di leggi c.d. speciali e, in particolare, di nuovi compendi legislativi – solo per citarne alcuni: il Codice del consumo (entrato in vigore nel 2005 ma integrato e modificato nel 2007), il Codice del turismo (introdotto nel 2011), il Codice delle assicurazioni private (entrato in vigore nel 2005, ma aggiornato nel 2008), il Codice degli appalti (introdotto nel 2006, ma riformato per effetto di provvedimenti succedutisi sino al 2011), il TUB (oggetto di una radicale riforma nel 2010, a cui hanno fatto seguito ulteriori modifiche via via introdotte sino al 2012) ed il TUF (anch'esso significativa-

mente novellato a fine 2012) – ed è inutile dire, che, in tale arco temporale, si sono registrate molteplici, rilevanti pronunce da parte della giurisprudenza, tanto nazionale quanto comunitaria.

Anche in ragione di tali apporti si è ritenuto utile per il lettore inserire nella trattazione, con un corpo a stampa più piccolo e senza alcuna pretesa di completezza, taluni approfondimenti, in relazione alle varie problematiche trattate, che tengano conto, in particolare, di significativi arresti giurisprudenziali. La stesura di detti inserti è stata curata in maniera da non spezzare il discorso rispetto alla trattazione principale in modo che essa possa essere oggetto di una lettura più agile ma, comunque, coerente nei passaggi argomentativi, anche saltando le note di approfondimento.

L'osservazione della prassi delle negoziazioni ed il crescente rilievo negli scambi di talune di esse hanno reso, altresì, necessario arricchire il testo con la trattazione di ulteriori fattispecie negoziali, tanto tipiche quanto atipiche che, per la sempre maggiore diffusione che le connota, rappresentano oramai un «fertile» terreno di confronto ed approfondimento della dottrina e della giurisprudenza. Si allude, ad esempio, ai contratti di pubblicità e sponsorizzazione, trattati nel capitolo VI (a cura di Antonio di Biase); ai contratti dell'informatica, ai quali sono dedicate le due sezioni del capitolo VII (rispettivamente a cura di Giacomo Porcelli e di Carmela Robustella); ai contratti strumentali per la esternalizzazione dell'attività d'impresa (la cui stesura è stata curata dal sottoscritto), inseriti nel capitolo V, sezione II, in calce ad una breve introduzione sul fenomeno del decentramento produttivo e lo strumentario contrattuale a ciò funzionale. Si è, poi, ritenuto opportuno inserire un nuovo capitolo sui contratti conclusi tra imprese e pubblica amministrazione (curato da Fabio Ciccariello), con la finalità non già di affrontare *ex professo* il complesso tema in questione, ma solo di cogliere, per quanto possibile in una trattazione di tipo manualistico e, peraltro, non dedicata a tale tema specifico, le peculiarità che in taluni principali contratti – appalto, vendita, fornitura, ecc. – connotano la stipulazione e lo svolgimento del rapporto negoziale laddove contraente dell'impresa sia la pubblica amministrazione.

Inoltre, alla rivisitazione ma, in taluni casi, riscrittura – alla luce degli interventi normativi, ove avvenuti, e degli apporti della dottrina e della giurisprudenza di questi ultimi anni – di tutte le figure negoziali già trattate nella precedente edizione, si è accompagnata la stesura *ex novo* di talune parti relative sia ai contratti di credito e finanziamento che ai contratti bancari e di investimento (a cura di Giacomo Porcelli), in quanto, come già riferito, oggetto di recenti e rilevanti modifiche. Infine, è stato completamente riscritto (da Massimo Gazzara) il capitolo sul *Contratto e l'impresa di assicurazione* privilegiando, nella trattazione della complessa materia,

un taglio volto alla disamina delle problematiche del contratto di assicurazione relative ai rischi industriali ed agli ulteriori rami di rischio che maggiormente interessano l'attività d'impresa.

A chiusura di questa breve nota introduttiva desidero formulare un particolare ringraziamento non solo al Collega Giacomo Porcelli ma a tutti i giovani studiosi, sopra citati, che, con il loro apporto fecondo e costruttivo, hanno consentito la stesura di questa seconda edizione.

Napoli, 1° gennaio 2013

*Salvatore Monticelli*





## INTRODUZIONE *ALL'EDITIO MAIOR*



Quest'opera, in due volumi, nasce a valle di due edizioni (ciascuna in volume unico), edite nel 2006 e nel 2013, collocate nel “Manuale modulare” coordinato dal compianto Mario Nuzzo, indimenticabile amico e guida, che, con una felice intuizione, ebbe l'idea di dare vita, insieme ad un gruppo di amici e colleghi di varie università, ad un insieme di monografie volte a svolgere un “corso di Istituzioni di diritto privato”, organizzato in più volumi, alcuni corrispondenti alle tradizionali partizioni del diritto privato, altri dedicati, invece, a temi più specialistici.

In ragione di ciò si pervenne alla comune decisione di preferire ad una trattazione, di stampo tradizionale, sui “singoli contratti”, una disamina, più specialistica e circoscritta, che privilegiasse lo studio dei contratti dell'impresa, nell'accezione, descrittiva più che dogmatica, dei contratti che vengono stipulati per l'attività dell'impresa. Avendo cura, anche con riferimento ai contratti tipici, disciplinati nel codice civile, di ampliare il discorso con riferimento a quegli aspetti di essi che assumono peculiare rilevanza nella predetta finalità od impongono l'applicazione di una disciplina differenziata se ed in quanto vengano conclusi da imprenditori.

Su questa falsariga è stata concepita la edizione del 2006 del volume “I contratti dell'impresa”, cui ha fatto seguito, a circa sei anni di distanza, una seconda edizione, ben più corposa della precedente giacché si ritenne utile per il lettore, da un lato, inserire nella disamina, con un corpo a stampa più piccolo e senza alcuna pretesa di completezza, taluni approfondimenti delle varie problematiche trattate; dall'altro di ampliare il testo con la trattazione di ulteriori fattispecie negoziali, tanto tipiche quanto atipiche.

È in continuità con tale impostazione che nasce questa *editio maior* che, però, si discosta ancor di più da una disamina prettamente manualistica, anche senza abbandonarla del tutto, affrontando gli argomenti trattati senza trascurare l'approfondimento, in chiave problematica, delle questioni maggiormente dibattute e controverse.

E, perciò, l'opera si connota per essersi arricchita di molteplici riferimenti, specie di matrice giurisprudenziale; della disamina di nuove figure contrattuali, ricorrenti nelle negoziazioni delle imprese, e frutto di recenti interventi legislativi; dell'approfondimento di ambiti negoziali di settore (ad esempio quelli agroalimentare ed informatico), connotati da problematiche peculiari, e che rappresentano comparti relevantissimi dell'attività economica; della trattazione dei contratti di collaborazione tra imprese; delle negoziazioni volte alla composizione della crisi d'impresa.

L'ambizione del lavoro non è certo quella di dare un'informazione esaustiva delle tante fattispecie prese in esame né tantomeno di esaurire tutte le questioni problematiche prospettabili, ma di offrire al lettore un quadro d'insieme, di agevole lettura, per orientarsi, con spirito critico, nello studio dei contratti dell'impresa. Nella consapevolezza che trattasi di un insieme magmatico ed in continua crescita in ragione delle mutevoli esigenze dei mercati e degli scambi, motore fantasioso ed inarrestabile che impone, con "arroganza", modelli e varianti sempre nuovi cui seguono, ma solo talvolta, gli interventi legislativi tipizzanti, spesso non esaustivi, lasciando, invece, in molti casi, agli operatori del diritto il difficile compito di inserimento ed omogeneizzazione di tali figure negoziali nel quadro complesso del nostro sistema normativo.

Questi volumi, pertanto, pur pensati prevalentemente per la didattica, mirano a proporsi come uno strumento di approfondimento dedicato a chi si accinga ad intraprendere studi specialistici nella materia contrattuale ed, anche, di supporto agli operatori del diritto.

Solo il giudizio dei lettori, ed in particolare quello degli studenti, potrà dire se l'obiettivo composito sopra individuato è stato centrato e se il taglio della trattazione è quello giusto e, soprattutto, utile ad inquadrare i problemi e di ausilio alla loro soluzione, nella personale consapevolezza che è tale ultima finalità il "faro" che deve guidare chi scrive di diritto.

A chiusura di questa breve presentazione non possono mancare i ringraziamenti ai colleghi che, con me, hanno contribuito alla realizzazione di questa *editio maior*, né tantomeno può mancare un pensiero, affettuoso e commosso, a Mario Nuzzo, con il quale, nello scorso mese di novembre mi confrontai, a proposito di questa nuova edizione, in una lunga conversazione telefonica, di cui serbo un prezioso e caro ricordo ed al quale dedico, con grande affetto, queste pagine.

Napoli, 9 settembre 2020.

*Salvatore Monticelli*



## CAPITOLO PRIMO

# I CONTRATTI STRUMENTALI PER LA CIRCOLAZIONE DEI BENI NEL MERCATO \*



SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – Sezione Prima: VENDITA E PERMUTA. – 2. La vendita e le vendite. – 3. L'efficacia traslativa. – 3.a. *Segue*. Efficacia traslativa e vendita mobiliare. – 4. Il prezzo. – 4.a. Il pagamento del prezzo e gli accordi sui termini di pagamento. – 4.b. Il pagamento del prezzo nelle vendite internazionali. – 5. La forma del contratto. – 6. La forma del preliminare di vendita. – 7. La forma ai fini probatori ed ai fini della trascrizione. – 8. La forma scritta nelle vendite tra imprese. – 8.a. La forma scritta nelle vendite tra impresa e consumatore. – 9. Le obbligazioni del venditore: la consegna. – 10. *Segue*. La garanzia dall'evizione e da eventuali vizi della cosa. – 11. *Segue*. L'obbligazione di fare acquistare al compratore la proprietà della cosa. – 12. La vendita di cose mobili. – 12.a. *Segue*. La vendita di cose mobili e i modelli negoziali. – 12.b. *Segue*. La vendita a rate con riserva della proprietà. – 13. Le «garanzie» nella vendita di beni di consumo. – 14. Pattuizioni particolari: patto di riscatto, patto di retrovendita. – 15. La vendita di beni immobili. – 15.a. *Segue*. La vendita di immobili da costruire. – 15.b. *Segue*. La vendita in multiproprietà. – 16. La vendita dell'azienda o di un ramo di essa. – 17. La vendita della ditta, dell'insegna e del marchio ed il trasferimento dell'avviamento. – 17.a. *Segue*. Licenza di marchio e *merchandising*, cenni e rinvio. – 18. Il contratto di trasferimento di *know-how*. – 18.a. *Segue*. Le clausole più ricorrenti. – 19. La permuta. – 19.a. *Segue*. Il *countertrade*. – Sezione Seconda: SOMMINISTRAZIONE E DISTRIBUZIONE. – 20. La somministrazione. – 20.a. *Segue*. Il contenuto del contratto. – 20.b. *Segue*. La risoluzione ed il recesso. – 21. La distribuzione dei prodotti ed i contratti di distribuzione. – 22. Il contratto estimatorio. – 23. La concessione di vendita. – 24. Il *franchising*. – 24.a. *Segue*. Il contenuto del contratto e gli obblighi delle parti.

---

\* Il capitolo è stato curato da Salvatore Monticelli.

## 1. Considerazioni introduttive

L'esigenza per gli uomini di massimizzare la propria utilità attraverso lo scambio di beni, servizi, conoscenze, perfino diritti è espressione, da sempre, della vita economica e sociale, per il che appare legittimo affermare che la storia del commercio si confonde in gran parte con quella del progresso umano.

Se l'utilità marginale che le parti conseguono o si aspettano di realizzare attraverso l'attuazione dello scambio costituisce il dato costante ed univoco che lo connota come operazione economica è ben vero, però, che, nelle società evolute, si presenta invece varia ed articolata la disciplina giuridica che in concreto regola il singolo scambio.

La scelta dello strumentario contrattuale attraverso il quale è possibile trasformare in termini giuridici l'operazione economica di scambio muta a seconda dell'oggetto del bene scambiato, della natura dell'affare, degli interessi coinvolti.

La disciplina giuridica degli scambi, inoltre, si è adeguata alla loro evoluzione: si è così passati dalla forma primitiva del baratto ai processi, talvolta complessi, che connotano gli scambi nella grande società commerciale. In tale contesto si registrano significativi processi evolutivi che hanno caratterizzato le modalità organizzative del processo di distribuzione dei prodotti; essa, peraltro, risente anche del mutamento della nozione stessa di «mercato», che in conseguenza dell'uso pervasivo degli strumenti informatici, è non più legata all'identità di luogo dove si incontrano gli operatori ed i consumatori.

L'introduzione della moneta, come misura del valore economico dei beni e, dunque, quale oggetto dello scambio in funzione di corrispettivo, ha attribuito al contratto di compravendita una posizione di assoluta preminenza tra gli strumenti negoziali finalizzati alla circolazione dei beni ed alla collocazione sul mercato dei prodotti. È ben vero, però, che tale funzione economica consegue non solo dalla vendita, ed in particolare, nel settore commerciale, dalla vendita di beni mobili, ma anche da altre fattispecie negoziali, sia tipiche che atipiche, quali il contratto estimatorio, la somministrazione, la concessione di vendita, il *franchising*. Tali contratti rivendicano autonomia rispetto alla vendita non tanto sotto il profilo funzionale, essendo tutti essenzialmente preordinati alla circolazione dei beni, quanto per le peculiarità che connotano in ciascuno di essi il modo attraverso il quale viene perseguita questa finalità economica. Altri contratti, invece, quali ad esempio il *leasing* ed il *factoring*, pur determinando una vicenda circolatoria dei beni, rispondono ad una finalità economica diversa e prevalente, quella di **finanziamento** dell'impresa, rispetto alla quale il *trasferimento della proprietà di beni* (nel *leasing*) o di *diritti di credito* (nel *factoring*) ha, in prevalenza, **un valore solo**

**strumentale.** Di tali contratti si tratterà, pertanto, nella sezione dedicata ai contratti per il finanziamento delle imprese.

## SEZIONE PRIMA

### VENDITA E PERMUTA

#### 2. La vendita e le vendite

La vendita realizza **il trasferimento della proprietà** di una cosa o il trasferimento di un altro diritto **verso il corrispettivo di un prezzo** (art. 1470 c.c.).

La definizione indica chiaramente l'*oggetto* e la *funzione* del contratto: quanto al primo può essere sia il trasferimento della proprietà di una cosa materiale, mobile o immobile, che il trasferimento di un altro diritto, diverso dalla proprietà, tanto su un bene materiale (ad esempio: vendita del diritto di usufrutto su un immobile) quanto su di un bene immateriale (ad esempio: vendita del brevetto, del credito).

Oggetto della vendita può anche essere un'universalità di beni; in questa ipotesi l'universalità oggetto dello scambio potrebbe non essere composta da soli diritti sui singoli beni che la costituiscono bensì potrebbe comprendere anche debiti: è il caso della vendita dell'azienda o di un ramo di essa, della vendita dell'eredità o di quota dell'eredità.

La funzione della vendita si individua nello **scambio** tra i diritti sopra menzionati ed il corrispettivo pecuniario; è, dunque, un contratto *a titolo oneroso* in quanto l'acquirente a fronte del diritto acquistato, è tenuto a pagare un prezzo e, come si è già detto, certamente *rappresenta lo strumento «principe» per l'attuazione della circolazione e collocazione di beni nel mercato.*

L'osservazione della realtà economica e delle prassi che regolano il commercio rivelano, però, che nella realtà attuale tale finalità si può realizzare con *modalità assai diverse* che, talvolta regolate dal codice civile o da leggi speciali, tal'altra solo dagli usi commerciali, si concretano in veri e propri sottotipi del contratto di vendita. A ciò aggiungasi che se è pur vero che a tutt'oggi una consistente parte degli scambi commerciali si svolge secondo gli schemi tradizionali della vendita, mediante lo scambio dei consensi all'esito di trattative, è altrettanto vero che gli operatori economici mirano costantemente ad introdurre auto-

matismi atti a ridurre i tempi ed i modi di contrattazione al fine di aumentare il numero degli scambi e, conseguentemente, i ricavi. È quanto accade nel sistema di vendita c.d. a *self-service*, ricorrente nel commercio al dettaglio praticato nei supermercati, nella vendita *cash and carry*, per il commercio all'ingrosso, nella vendita per il tramite di distributori automatici, ipotesi tutte che si caratterizzano per rilevanti anomalie rispetto alla vendita tradizionale. In queste fattispecie, ad esempio, è dibattuto quale sia il momento nel quale si perfeziona il contratto, ossia se ciò avvenga allorché l'acquirente sceglie la merce oppure solo al momento del pagamento; la scelta tra le due opzioni, come si dirà più diffusamente innanzi, è rilevante per le implicazioni che comporta sia sul piano penale che su quello civile.

Nelle vendite commerciali, inoltre, sono spesso presenti *una serie di obbligazioni complementari* poste a carico del venditore e riconducibili in senso ampio alla materia dei servizi (accade, ad esempio, nella vendita con trasporto, nella vendita con montaggio, nella vendita con obbligo di assistenza tecnica, diffusa nel campo dei prodotti informatici, ecc.); ciò spesso comporta notevoli difficoltà nell'individuazione della disciplina applicabile che andrà individuata *combinando la disciplina della vendita con quella che connota tipi diversi*, quali ad esempio l'appalto, la somministrazione oppure con norme trasversali rispetto ai tipi come quelle dettate per la subfornitura industriale.

L'impianto codicistico originario della disciplina della vendita di beni mobili, inoltre, risulta anche profondamente modificato ed ulteriormente frammentato dall'introduzione di norme relative alla vendita di beni di consumo (artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), nonché, nella vendita internazionale, dalla normativa uniforme contenuta «*Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*» resa esecutiva in Italia con la legge 11 dicembre 1985, n. 765, ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988. L'introduzione nel sistema di una normativa *ad hoc* regolante la vendita di prodotti finanziari determina, infine, rilevanti deroghe rispetto allo schema della vendita c.d. tradizionale sia riguardo la formazione del contratto che riguardo la fissazione del prezzo e le modalità di liquidazione di esso.

In definitiva la disciplina della vendita appare *frantumata in molteplici sottotipi che si innestano sull'impianto codicistico tradizionale*; esso pur rappresentando ancora il nucleo portante che regola il contratto è, però, *insufficiente* a cogliere l'attuale complessità che caratterizza peculiarmente, differenziandoli, i contratti di vendita.

### 3. L'efficacia traslativa

La **funzione programmaticamente traslativa** della vendita si realizza per effetto del **consenso** delle parti legittimamente manifestato (art. 1376 c.c.); dunque, senza che vi sia necessità, ai fini del perfezionamento del contratto, della consegna della cosa.

La consegna è *vicenda eventuale* che attiene al *rapporto contrattuale*, quale obbligazione gravante sull'alienante; parimenti il pagamento del prezzo è obbligazione gravante sull'acquirente e rappresenta *un atto di esecuzione del contratto*, **ininfluente rispetto all'effetto reale**.

L'effetto traslativo può conseguire *immediatamente* dalla compravendita, salva la previsione di un termine iniziale o di una condizione sospensiva, oppure *può essere differito ad un momento successivo*: ciò avviene in talune peculiari situazioni in cui si produce un'iniziale efficacia solo obbligatoria del contratto mentre l'effetto traslativo si determinerà in un *secondo momento* in conseguenza **del verificarsi di altri determinati atti o fatti**. Producono effetti reali differiti: la vendita alternativa, la vendita di genere, la vendita di cosa futura, la vendita di cosa altrui, la vendita con riserva di proprietà, la vendita con riserva di gradimento.

Come si dirà più diffusamente in seguito, solo il differimento nel tempo dell'effetto reale accomuna le indicate fattispecie negoziali.

Chiarito che l'acquisto del diritto reale per il compratore *normalmente*, e salvo le ipotesi sopra indicate, *si realizza all'atto della conclusione del contratto* bisogna però ricordare che nelle compravendite immobiliari altro è il momento in cui detto acquisto *diviene opponibile ad eventuali terzi*; infatti, tale opponibilità si determinerà *solo per effetto della trascrizione del contratto*, secondo quanto disposto dall'art. 2643 c.c.

#### 3.a. Segue. Efficacia traslativa e vendita mobiliare

La vendita mobiliare, specie quella commerciale c.d. di serie (avente ad oggetto: elettrodomestici, macchinari, automobili), presenta talune peculiarità *sotto il profilo dell'efficacia traslativa del contratto*; infatti, essa nella pratica commerciale, è **normalmente una vendita di cose generiche** e, pertanto, secondo quanto già si è detto nel paragrafo che precede, produce **effetti reali differiti al momento della individuazione del bene effettuata d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabilite** (art. 1378 c.c.).

Nell'ipotesi, tutt'altro che infrequente, che la vendita in questione debba pu-

re eseguirsi su piazze diverse, l'*individuazione*, e di conseguenza il passaggio di proprietà del bene alienato, può essere realizzato anche mediante *consegna della cosa al vettore o allo spedizioniere* (artt. 1378, ult. parte, c.c. e 1510, comma 2, c.c.). È bene subito chiarire che solo nell'ipotesi da ultimo richiamata si ha coincidenza tra il momento perfezionativo del contratto e l'esecuzione da parte dell'alienante dell'obbligazione di consegna del bene venduto, ciò accade in quanto, in tal caso, la consegna diviene un mezzo attraverso il quale viene individuato il bene alienato. Detta peculiarità, propria della vendita di genere da eseguirsi su piazze diverse, non deve però ingenerare confusione tra due momenti che sono logicamente ed ontologicamente distinti: quello della individuazione del bene, con valenza traslativa del diritto di proprietà e quello della consegna di esso, con valenza esecutiva del contratto da parte del venditore.

Anche le vendite *cash and carry*, *self-service* e per automatico presentano note peculiari in ordine all'individuazione del momento di perfezionamento del contratto e, quindi, del prodursi dell'effetto traslativo della proprietà dei beni oggetto della vendita. Le tre ipotesi sono, infatti, accomunate dal fatto che il perfezionamento del contratto è *svincolato da uno scambio di consensi in senso giuridico formale*: infatti, l'accettazione della offerta al pubblico, formulata attraverso l'esposizione di merci in un centro vendita, nelle prime due ipotesi, o attraverso l'installazione del distributore automatico di prodotti, nell'altra ipotesi, avviene in ogni caso per fatti concludenti. Nelle vendite *cash and carry* e *self-service* è discusso se tale momento perfezionativo del contratto debba farsi coincidere con il prelievo della merce dagli *stands* espositivi oppure con il pagamento alla cassa del prezzo. Rilevanti sono le conseguenze che derivano dall'attribuzione all'uno o all'altro comportamento della valenza di accettazione della proposta contrattuale: infatti, laddove si ritenga che il perfezionamento del contratto e il trasferimento della proprietà della merce avvenga nel momento in cui essa viene prelevata, e dunque individuata dall'acquirente, nell'ipotesi in cui questi non paghi il corrispettivo non sarà configurabile il reato di furto ma solo un inadempimento contrattuale all'obbligazione di pagamento del prezzo, laddove, invece, come oramai la prevalente dottrina e la giurisprudenza ritengono, il perfezionamento del contratto e, dunque, l'effetto traslativo si realizzino solo al momento del pagamento del prezzo colui che si impadronisca della merce, senza pagarne il corrispettivo, dovrà rispondere del reato di cui innanzi.

Merita infine evidenziare che nella pratica commerciale trova diffusione l'introduzione nel contratto di clausole che ne condizionano significativamente il procedimento di formazione. Il riferimento cade sulle clausole «*senza impegno*», «*salvo approvazione della casa*», ecc., che hanno la funzione di subordinare l'efficacia dell'accordo alla ratifica del produttore/rappresentato. Ulterior-

mente peculiarità sussistono per le vendite effettuate fuori dei locali commerciali dell'impresa c.d. «*vendite aggressive*», nonché nelle vendite a distanza, originariamente disciplinate rispettivamente dal d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 e dal d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, ed ora rispettivamente dagli artt. 45 ss. e 50 ss. del Codice del consumo approvato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ipotesi in cui è inderogabilmente attribuito al consumatore/acquirente un diritto di recesso (*ius poenitendi*) (art. 64 Codice del consumo) rispondente alla finalità di tutela della libera e consapevole espressione del consenso.

#### 4. Il prezzo

Il prezzo non è oggetto della vendita bensì rappresenta il controvalore in danaro del bene o del diritto alienato; il prezzo partecipa, dunque, della causa del contratto, penetra nell'area degli interessi economici che fondano l'accordo, deve essere costituito da danaro altrimenti la negoziazione in concreto conclusa sarà riconducibile ad una permuta, se vi sia scambio di bene contro bene, o ad altro contratto.

Il mancato pagamento del prezzo *non impedisce*, di regola, **l'acquisto del bene** rappresentando, piuttosto, una *vicenda* del rapporto contrattuale che legitimerà il venditore a chiederne la *risoluzione*.

L'art. 1515 c.c. contempla una particolare forma di autotutela per il venditore di beni mobili nella ricorrenza dell'inadempimento del compratore all'obbligo di pagamento del prezzo, prevedendo che il venditore, a mezzo di persona autorizzata o, in mancanza, a mezzo di un ufficiale giudiziario, possa far vendere all'incanto, senza ritardo, la cosa per conto ed a spese dell'acquirente.

La Cassazione, in una recente decisione (n. 31308/2018), ha puntualizzato che l'autotutela concessa dall'art. 1515 c.c. al venditore è lasciata alla libera scelta della parte adempiente per la quale costituisce, quindi, una **facoltà** e non un obbligo, con conseguente possibilità per la stessa di agire in via ordinaria per il risarcimento del danno, che va determinato nella sua entità dal giudice in base agli ordinari criteri posti dall'art. 1223 c.c., senza che possa trovare applicazione la regola stabilita dall'art. 1518 c.c. – per cui il risarcimento è dato dalla differenza tra il prezzo convenuto e quello corrente nel luogo e nel giorno pattuiti per la consegna, salva la prova di un maggiore danno - ove si tratti di cose non previste in tale norma di carattere eccezionale.

Le parti sono generalmente libere nella determinazione del prezzo, sicché è possibile che in concreto esso sia consapevolmente pattuito in misura non corri-

spondente al valore di mercato del bene in virtù del particolare interesse dei contraenti a realizzare lo scambio anche se svantaggioso.

Eccezioni alla regola sono rappresentate dall'ipotesi in cui il prezzo venga autoritativamente imposto dall'autorità amministrativa in ragione della tutela di interessi generali o di singole categorie protette. *In questi casi* la previsione di un prezzo diverso da quello imposto determinerà la *nullità della sola pattuizione ad esso relativa* e la *sostituzione automatica* ai sensi del comb. disp. degli artt. 1419 e 1339 c.c.; conseguentemente l'acquirente potrà esercitare l'azione di ripetizione di quanto abbia indebitamente pagato secondo le regole della *condictio indebiti*.

Qualora tra i termini economici dello scambio sussista **notevole sproporzione** possono, però, determinarsi rilevanti conseguenze per il contratto: per citarne alcune, laddove il prezzo sia meramente simbolico o fortemente inadeguato sarà legittimo dubitare che la vendita stipulata mascheri, in realtà, una donazione la cui validità, peraltro, è subordinata all'adozione della forma pubblica (art. 782 c.c.) ed alla presenza, non rinunciabile, dei testimoni. Nel caso, invece, in cui vi sia una sproporzione che ecceda la metà del valore dell'una prestazione rispetto all'altra, ove sussistano gli altri requisiti stabiliti dall'art. 1448 c.c., la vendita sarà soggetta a rescissione. Parimenti una notevole sproporzione tra i termini economici dello scambio consentirà l'esperimento della revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67 legge fall.

La determinazione del prezzo può essere affidata dalle parti **anche ad un terzo** indicato nel contratto o ad indicarsi successivamente (art. 1473 c.c.).

Ove i contraenti non abbiano determinato il prezzo o non abbiano stabilito i criteri per determinarlo soccorrono i criteri integrativi previsti dalla legge (art. 1474 c.c.); qualora questi ultimi non siano applicabili e, quindi, il prezzo risulti assolutamente indeterminabile il contratto sarà nullo.

La Cassazione (n. 6237/2018) ha chiarito che nel caso in cui il venditore in sede di stipulazione del contratto dichiara che il prezzo è stato pagato, pur senza indicarne l'ammontare, non si configura nullità per mancanza del requisito essenziale del prezzo, perché l'esigenza della determinatezza o determinabilità del prezzo è soddisfatta da tale dichiarazione, essendo in essa necessariamente implicito che l'oggetto dell'obbligazione assunta dal compratore è stato determinato, per accordi intercorsi tra le parti, non potendosi concepire il pagamento di un prezzo che non sia stato in concreto esattamente definito.

Le parti possono anche pattuire nel contratto di vendita una modalità alternativa di estinzione dell'obbligazione di corrispondere il prezzo: è quanto accade nell'ipotesi in cui l'acquirente accetti di accollarsi taluni debiti del suo dante

causa. Ciò nella pratica si verifica di frequente nelle compravendite immobiliari qualora il cespite oggetto del contratto sia stato originariamente acquistato grazie ad un finanziamento bancario da chi intende poi alienarlo. In tale ipotesi il successivo acquirente potrebbe avere interesse ad accollarsi il debito residuo verso la banca, corrispondendo all'alienante solo una differenza tra l'importo oggetto dell'accollo ed il prezzo di vendita.

Nella vendita di prodotti industriali è frequente che il produttore imponga al rivenditore la clausola di «*prezzo imposto*» in virtù della quale questi si obbliga a non rivendere la merce ad un prezzo diverso da quello indicato dal produttore. È controverso se la violazione della pattuizione, attraverso vendite a prezzi più bassi, comporti l'insorgere di responsabilità esclusivamente nei confronti del produttore oppure anche nei confronti degli altri rivenditori della stessa merce tenuti anch'essi ad osservare il prezzo imposto e penalizzati dalla concorrenza sleale attuata dal rivenditore inadempiente.

Le spese della vendita e le altre spese accessorie, comprese quelle di trasporto del bene oggetto del contratto, in assenza di una diversa pattuizione, sono a carico del compratore (art. 1475 c.c.). Nelle vendite commerciali è, però, frequente l'adozione di clausole (quali ad esempio la clausola «*franco arrivo*» oppure «*franco consegna a domicilio*») volte a ricomprendere nel prezzo dette spese. In particolare nei rapporti commerciali marittimi ed aerei l'adozione della clausola CIF ha l'effetto di esonerare il compratore dal pagamento delle spese di trasporto e di assicurazione (*cost insurance and freight* = costo, assicurazione e nolo).

Ciò però non significa che il venditore si accolli il rischio del trasporto, ma soltanto che il venditore stesso ha contrattato e concluso per conto del compratore anche il nolo e l'assicurazione.

In altri termini, con la clausola CIF (cui è fatto sempre seguire l'indicazione del porto di destinazione) il venditore è tenuto a sostenere tutte le spese che gravano sulla merce sino al porto di destinazione (escluse naturalmente quelle di scarico e successive), ma la responsabilità inerente alla merce passa all'acquirente al momento del caricamento.

L'assicurazione di solito è fatta per coprire tutti i rischi, ma talvolta si può convenire che dall'assicurazione stessa siano esclusi i rischi per un'avaria particolare.

Nel primo caso alla sigla CIF si fa seguire «*w.p.a.*» (*with a particular average*) e nel secondo «*f.p.a.*» (*free particular average*).

Nel commercio marittimo è anche utilizzata la clausola FOB, «*free on board*», cioè franco a bordo della nave. Con questa clausola il venditore è tenuto a sostenere tutte le spese per la consegna della merce fino alla nave e cioè: imballaggio, spese di trasporto sino al porto di partenza, facchinaggio, chiatte, soste, caricamento a bordo, diritti di uscita e simili; il compratore deve invece provvedere al noleggiamento della nave ed all'assicurazione marittima.

Come nelle vendite con clausola CIF, anche nelle vendite con clausola FOB la responsabilità del venditore si arresta al momento del caricamento della merce sulla nave a meno che la merce sia venduta con la clausola «*FOB porto destino*» nel qual caso tutte le spese ed i rischi connessi al trasferimento della merce sino al porto di arrivo (esclusi quelli di scarico e successivi) sono a carico del venditore.

Infine, sempre nella prassi del commercio marittimo, le parti possono inserire nel contratto di vendita la clausola FAS (*free alonge side ship* = lungo il bordo della nave) che sta ad indicare che la consegna della merce s'intende fatta sulla banchina del porto d'imbarco e che quindi tutte le spese di carico sulla nave gravano sul compratore.

#### 4.a. *Il pagamento del prezzo e gli accordi sui termini di pagamento*

Ai sensi dell'art. 1498 c.c. il prezzo deve essere pagato nel termine e nel luogo indicati nel contratto; in mancanza di pattuizione e salvi gli usi diversi, il pagamento deve avvenire al momento della consegna e nel luogo ove questa si esegue.

Se, per accordo delle parti, vi è dissociazione tra consegna e pagamento, esso dovrà effettuarsi al domicilio del venditore.

Va, poi, considerato il caso peculiare in cui l'effetto traslativo del diritto di proprietà si costituisca in virtù della sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto preliminare di compravendita. In tale ipotesi, il pagamento del prezzo ancora dovuto (dal promissario acquirente), pur conservando la sua originaria natura di prestazione essenziale del compratore, assume anche il valore e la funzione di una **condizione sospensiva** dell'effetto traslativo, destinata ad avverarsi, nel caso di adempimento, o a divenire irrealizzabile, precludendo l'effetto condizionato, nell'ipotesi di omesso pagamento nel termine fissato dalla sentenza o, in mancanza, nel congruo lasso di tempo necessario perché la mora del promissario compratore assuma i caratteri dell'inadempimento di non scarsa importanza per il creditore, rendendo non più possibile l'adempimento tardivo contro la volontà di quest'ultimo.

Nelle vendite commerciali la dilazione nel pagamento del prezzo costituisce una prassi largamente diffusa in quanto da un lato rappresenta uno strumento di incentivazione all'acquisto, dall'altro, nei rapporti tra imprese maggiori, in veste di acquirente/committente, ed imprese minori rappresenta, per le prime, uno *strumento di finanziamento*.

La disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2002, emanata in attuazione della Direttiva 2000/35/CE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle *transazioni*