

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI
PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Serie II

21

Responsabile della collana: Francesco Sitzia

Comitato di direzione scientifica:

Aldo Berlinguer, Fabio Botta, Valeria Caredda, Pietro Ciarlo, Cristiano Cicero, Giovanni Cocco, Enzo Colarullo, Paolo Efsio Corrias, Massimo Deiana, Gianmario Demuro, Leonardo Filippi, Pierangela Floris, Elisabetta Loffredo, Franco Picciaredda, Francesco Pigliaru, Anna Pintore, Massimiliano Piras, Ilenia Ruggiu, Maria Virginia Sanna, Francesco Seatzu, Francesco Sitzia.

Comitato scientifico editoriale:

Luca Ancis, Franco Bandiera, Alice Cherchi, Silvia Corso, Paolo Cotza, Giuseppina De Giudici, Rossella Fadda, Riccardo Fercia, Sonia Fernández Sánchez, Gianmarco Gometz, Giuseppe Lorini, Giovanni Manca, Anna Maria Mancaleoni, Anna Maria Mandas, Marcella Martis, Silvia Orrù, Rita Pilia, Elisabetta Piras, Alessandra Pisu, Stefania Puddu, Stefano Tatti.

I volumi della serie *Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari* sono sottoposti alla preventiva valutazione scientifica di due *referees* di volta in volta designati dal responsabile della Collana nominato dal Consiglio di Dipartimento.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Serie II

21

MARIANNA RINALDO

LA TEORICA DELL'INVALIDITÀ DELL'ATTO INIQUO

Regole di validità e di responsabilità
nel diritto privato



Edizioni Scientifiche Italiane

RINALDO, Marianna
La teorica dell'invalidità dell'atto iniquo
Collana: Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari
Serie II, 21
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019
pp. XII+228; 24 cm
ISBN 978-88-495-3887-8

© 2019 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

A Papà, nel ricordo di ogni giorno

Nonostante l'esuberanza di concetti e di termini, non sembra che dottrina e giurisprudenza tendano a valicare le configurazioni di concetti tradizionali. Così ad esempio un negozio, per vizio del consenso, è impugnabile in quanto sia configurabile errore (spontaneo), dolo (errore provocato), violenza. Certe situazioni per così dire, intermedie, in cui appare difficile rinvenire vero e proprio dolo, finiscono per condurre all'esclusione dell'impugnativa per non esservi gli estremi né di errore provocato né di un errore spontaneo.

SALV. ROMANO, voce *Buona fede*, in *Enciclopedia del Diritto*, V, Milano, 1949, p. 687.

INDICE

<i>Note introduttive</i>	XI
--------------------------	----

CAPITOLO I

Rapporto tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto

1. Le regole di validità e le regole di responsabilità. Definizione dell'ambito di indagine	1
2. L'accordo e la fase di formazione del contratto	7
3. Il principio di non interferenza	11
4. Nuove prospettive. Rimeditazione sul «contratto valido» e «contratto giusto»	14

CAPITOLO II

La buona fede oggettiva nell'ambito del contratto

1. Origine ed evoluzione storica del concetto di buona fede	21
2. La clausola generale di buona fede nell'ordinamento italiano	30
3. La buona fede in una visione comparata tra ordinamenti di <i>civil law</i> e di <i>common law</i>	32
4. La buona fede come canone di interpretazione del contratto	39
5. La buona fede di cui all'art. 1366 c.c. intesa in chiave «integrativa»: la presupposizione	44
6. La buona fede come clausola generale di integrazione del contratto	49
7. Integrazione cogente: il precetto imperativo ed inderogabile di buona fede ed i suoi riflessi sulla validità dell'atto	57

CAPITOLO III

La Culpa in contrahendo e il ruolo della buona fede

1. La connessione tra la responsabilità precontrattuale e la validità del contratto	71
2. Le trattative e la formazione del contratto	74
3. Le condotte giuridicamente rilevanti nell'ambito dell'art. 1337 c.c.	80

3.1. La responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del contratto	83
3.2. La responsabilità precontrattuale per la conclusione di un contratto invalido o inefficace	87
3.3. La responsabilità precontrattuale per la conclusione di un contratto valido ed efficace ma sconveniente	90
4. Il contenuto della regola di condotta: i doveri di informazione, di segretezza e di custodia	99
5. La natura della responsabilità precontrattuale: le posizioni della dottrina	108
5.1. La giurisprudenza sulla natura della responsabilità precontrattuale	115

CAPITOLO IV

(In)validità del contratto per violazione della buona fede

PARTE PRIMA

La nullità virtuale

1. Il graduale sgretolamento del principio di non interferenza	123
2. Il dovere di informazione e la sua esigibilità	128
3. La moralizzazione del contratto	135
4. La nullità virtuale. Il carattere imperativo delle norme e la tassatività del rimedio	138
5. La responsabilità degli intermediari finanziari	146
6. Dallo <i>jus positum</i> allo <i>jus in fieri</i>	169
7. L'applicazione del principio costituzionale di solidarietà sociale	172
7.1. La caparra confirmatoria alla luce di una lettura costituzionalmente orientata	176

PARTE SECONDA

L'annullabilità

1. La tipicità dei vizi del consenso	181
2. La teoria dei «vizi incompleti»	186
3. L'errore (sui motivi) non essenziale ma determinante per il consenso e riconosciuto o riconoscibile all'altra parte	192
3.1. Il dolo: la reticenza, il silenzio, la menzogna. La colposa induzione in errore	196
3.2. Il <i>dolus bonus</i>	205
3.3. La violenza: il timore riverenziale e l'approfittamento dell'altrui stato di soggezione	209

<i>Considerazioni finali</i>	213
------------------------------	-----

<i>Indice degli autori</i>	219
----------------------------	-----

NOTE INTRODUTTIVE

Il presente studio è incentrato sul rapporto tra le regole di validità e le regole di responsabilità nell'ambito del diritto privato, di cui si propone una rimeditazione sul piano dogmatico, in riferimento ai concetti di «contratto valido» e «contratto giusto».

La prima parte della ricerca mette in evidenza le caratteristiche strutturali e funzionali fra queste due categorie di regole, la cui differenza evoca, in forza di una tradizione giuridica oramai radicata, un principio di non interferenza tra le stesse. Quest'ultimo esclude che dalla violazione di una regola comportamentale possa derivare l'invalidità del contratto.

Filo conduttore dell'indagine è la riflessione, in chiave evolutiva, del ruolo della buona fede oggettiva nell'ambito della materia contrattuale, con particolare attenzione alla fase di formazione del contratto. Si cercherà di comprendere se una condotta di mala fede, posta in essere durante le trattative tra i contraenti, possa assumere rilevanza giuridica tale da invalidare il negozio, oppure – come dai più sostenuto – possa integrare esclusivamente una responsabilità di tipo risarcitorio.

Il percorso storico-giuridico consente di concentrare l'attenzione massima sul profilo rimediale, inevitabilmente influenzato dalla natura attribuita alla responsabilità precontrattuale. È utile al riguardo ripercorrere le varie posizioni sostenute da autorevole dottrina e giurisprudenza, evidenziando anche la casistica che con maggiore frequenza forma oggetto di sindacato giudiziale. Ne sono un esempio evidente la violazione degli obblighi informativi e la reticenza usata dal contraente sleale.

CAPITOLO I

RAPPORTO TRA REGOLE DI VALIDITÀ E REGOLE DI COMPORTAMENTO NELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Le regole di validità e le regole di responsabilità. Definizione dell'ambito di indagine. – 2. L'accordo e la fase di formazione del contratto. – 3. Il principio di non interferenza. – 4. Nuove prospettive. Rimeditazione sul «contratto valido» e «contratto giusto».

1. *Le regole di validità e le regole di responsabilità. Definizione dell'ambito di indagine.* – Il rapporto tra le regole di validità e le regole di responsabilità rappresenta tutt'oggi un fertile terreno di indagine e di acceso dibattito tra gli studiosi del contratto. Immediatamente andrebbe osservato che la questione attiene a quella, ben più rilevante, inerente alla possibile applicazione dei principi costituzionali ed europei, in via diretta oppure mediata¹.

Sulla base della ricostruzione tradizionale, la violazione della prima tipologia di regole espone il negozio alle conseguenze dell'invalidità, assunta essa la forma della nullità ovvero dell'annullabilità; la seconda tipologia di regole, invece, prevede a carico di chi le abbia violate una responsabilità risarcitoria, senza che sia messa in discussione la validità dell'atto negoziale.

Vittorino Pietrobon², in un passato non troppo lontano, dava risalto agli elementi essenziali di queste due categorie di regole, evidenziando acutamente che i due gruppi di norme si trovano sullo stesso piano e si distinguono solamente per la diversa funzione: le

¹ In argomento, sin d'ora v. F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, p. 9 ss.; soprattutto, si rimanda a G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*.

² V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pp. 156-157.

regole di validità hanno per fine di garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici, e solo mediamente, poiché anche la certezza serve a tutelare la buon fede, la giustizia; le regole di risarcimento tendono invece direttamente alla giustizia sostanziale, cioè a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte.

Molto si è discusso ed ancora si discute sulla fondatezza di questa distinzione, la quale evoca il principio di non interferenza tra le regole di responsabilità e le regole di validità. Tale principio esclude che dalla violazione di una norma avente ad oggetto una regola comportamentale possa discendere l'invalidità del negozio. La questione riguarda più propriamente il limite di rilevanza giuridica delle condotte scorrette nella fase di formazione negoziale e la sanzione che da esse l'ordinamento ne fa discendere.

Il principio di non interferenza è forte di una radicata tradizione giuridica e di una posizione pressoché granitica in giurisprudenza. D'altra parte, accogliere aprioristicamente siffatto principio non sempre pare conforme e coerente con le rinnovate istanze economico-sociali nonché con l'attuale panorama normativo. Restare ancorati alla forza della tradizione potrebbe indurre, infatti, ad una sorta di immobilismo ermeneutico³. In tale prospettiva è forse utile vagliare strade nuove e differenti, rimeditando sui concetti di contratto «valido» e di contratto «giusto», in virtù di un asserito «equilibrio» contrattuale quale valore imprescindibile del negozio⁴.

La tematica è di notevole modernità, tenuto conto dell'influenza della legislazione comunitaria che si fa garante di un bilanciamento di interessi negoziali qualora sussistano condizioni di disparità e di debolezza tra i contraenti. Questa visione è stata bonariamente accolta dal legislatore italiano, grazie ad una sempre più pregnante attenzione ai valori di solidarietà sociale ed uguaglianza costituzionale (artt. 2 e 3 Cost.), al fine di sfuggire ad irragionevoli discriminazioni anche in ambito contrattuale. Si assiste, soprattutto nell'ambito della legislazione speciale, alla frequente interferenza tra le regole di validità e le regole di responsabilità: la regola comportamentale è intesa non soltanto come mera regola di valutazione della condotta del con-

³ G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 c.c.*, Napoli-Roma, 2003, p. 19.

⁴ Rimando alle lucide osservazioni "di sintesi" fruibili in N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 235 ss.

traente ma assurge a precetto in grado di incidere sulla validità dell'atto.

L'indagine non potrebbe volgere ad esaustive e logiche conclusioni se non avesse quale *fil rouge* la buona fede intesa in senso oggettivo, sinonimo di correttezza e di lealtà in tutte le fasi di perfezionamento del contratto⁵. Sotto la vigenza dell'abrogato codice civile la buona fede era considerata una clausola generale di interpretazione del contratto ovvero un criterio per avallare la corrispondenza tra la dichiarazione negoziale e la consapevolezza del contenuto contrattuale da parte di colui che avesse manifestato il consenso. Non esisteva all'epoca alcuna norma generale che sancisse il contegno di buona fede nella fase antecedente alla conclusione del contratto. Si che le regole di validità primeggiavano su quelle di comportamento: non si poteva ammettere che un contratto valido potesse dar vita a responsabilità ancor solo risarcitoria. Un contratto valido era implicitamente giusto. L'esigenza di procedere a valutazioni di carattere etico sul giudizio di validità del negozio sorge, invece, con il codice del 1942, il quale introduce una clausola generale, di cui all'art. 1337 c.c., ove per la prima volta si riconosce il dovere di buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto.

Cambiando il ruolo della buona fede, l'interprete ha il potere di indagare l'effettivo contenuto del contratto al fine di accertare se il regolamento negoziale, così come predisposto dalle parti, risponda al loro concreto e comune assetto di interessi. Pertanto la buona fede non assurge più a solo criterio interpretativo del contratto ma può divenire criterio integrativo del medesimo, sebbene ne manchi espressamente la menzione nella norma di cui all'art. 1374 c.c. sull'integrazione del contratto.

Sottolineava Salvatore Romano, che la buona fede richiama una tale gamma di varietà di espressioni, quali la lealtà, la correttezza, l'ignoranza, l'erronea conoscenza, tali da ingrandire enormemente il campo dei comportamenti contrari al diritto⁶. Una così estesa applicazione mina notevolmente la certezza del diritto in quanto si incorre nel rischio che i contraenti, non potendo preventivamente conoscere le condotte sleali sanzionate dall'ordinamento, siano incerti

⁵ F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 459; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, *passim*.

⁶ SALV. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 681.

sul contegno da adottare durante la formazione del contratto. Questa è una delle ragioni che spinge a non distaccarsi dalla visione tradizionale del principio di non interferenza tra regole di validità e di responsabilità.

Un ruolo così pregnante della buona fede, secondo una lettura in chiave evolutiva, incide inevitabilmente su più aspetti: concorre insieme alla volontà privata ad integrare il regolamento contrattuale; incide sulla struttura stessa dell'atto, ponendosi come limite all'autonomia privata, divenendo principio inderogabile che dovrà essere rispettato ed applicato anche in mancanza di un'espressa previsione nel regolamento negoziale; si atteggia a dovere che sorge indipendentemente dalla volontà delle parti e che preesiste alla formazione del contratto imponendo obblighi specifici di comportamento rilevanti sotto vari profili. Il percorso argomentativo che verrà analizzato evidenzierà, dunque, un'erosione del principio di non interferenza poiché la buona fede, intesa nel senso sopra descritto, ha valore di precepto imperativo in grado di condizionare la validità dell'atto.

È stato sottolineato a ragione, che non è pensabile che il diritto riconosca validità ad un contratto quando i suoi effetti tornino sostanzialmente a favore di una persona che si è macchiata di disonestà in occasione della conclusione di esso e a svantaggio di chi, per essersi comportato correttamente, di quella disonestà è rimasto vittima, e, ancor più, che il diritto non può riconoscere a un negozio effetti favorevoli per una persona e insieme porre a carico di questa in dipendenza del fatto medesimo, una responsabilità⁷. Che la malafede nel nostro ordinamento abbia apprezzabile rilevanza normativa è indubbio, basti cogliere la disciplina dei vizi del consenso (errore, violenza e dolo). La malafede in questi casi incide sul volere, sulla libertà di autodeterminazione della persona al punto da determinare l'annullabilità dell'atto. L'indagine che riguarda, invece, si rivolge a tutti i casi non specificatamente tipizzati. Si è soliti ritenere che al di fuori dei vizi del volere legislativamente previsti, il comportamento di malafede del contraente non debba essere preso in considerazione ai fini dell'accertamento della validità del contratto. Ma così facendo, si rischia di lasciare impunte condotte scorrette che pregiudicano una delle parti contrattuali. Un esempio esemplificativo è la c.d. condotta reticente, di colui che in mala fede tace consapevolmente alcune cir-

⁷ V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., p. 104.

costanze essenziali del negozio, non conosciute e/o conoscibili dall'altro contraente neppure usando l'ordinaria diligenza.

Al fine di giustificare la rilevanza della mala fede al di fuori delle ipotesi tipizzate si è discusso talvolta di «vizi incompleti»⁸, a voler indicare tutte quelle ipotesi che pur non integrando la fattispecie astratta del vizio del consenso secondo i requisiti tipici tracciati dal legislatore, sono tali da dar vita ad una condotta scorretta e sleale che ha come conseguenza la formazione di un consenso errato. Altre volte, invece, si è cercato mediante un'interpretazione estensiva della legge, di sussumere diverse fattispecie concrete all'interno delle norme astratte sui vizi del consenso, in modo tale da colmare il vuoto normativo. Tornando alla reticenza, essa si identifica in una modalità di macchinazione omissiva, posta in essere al solo scopo di pregiudicare intenzionalmente la posizione di controparte. Questa integra la fattispecie di dolo contrattuale o determinante *ex art. 1439 c.c.* nella forma del dolo omissivo o negativo, se oltre al «silenzio» sussisterà un rapporto causale tra questo e l'induzione in errore della controparte, nel senso che se egli avesse saputo di quella specifica circostanza taciuta non avrebbe stipulato il contratto. Ai fini della nostra ricerca, è il caso subito di specificare che la teoria dei vizi incompleti non consente di invalidare il contratto a seguito della violazione della regola di condotta, ma ammette si possa ravvisare la sanzione del risarcimento del danno nonostante la validità del negozio. Ricondurre invece la reticenza (o altri particolari casi) nella fattispecie di dolo, significherebbe ampliare il dettato normativo senza smuovere di alcunché il principio di autonomia tra regole di validità e di comportamento.

La questione va affrontata, allora, da altra prospettiva, individuando un dovere generico di lealtà scaturente dalla normativa sulla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. Il problema maggiore, in ogni caso, non è tanto quello di attribuire rilevanza giuridica ad una particolare condotta di mala fede ma la difficoltà, nel silenzio della legge, di stabilire il rimedio esperibile. È qui che risiede lo sforzo ermeneutico maggiore⁹.

⁸ M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, *passim*.

⁹ Scrive F.SCO BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 302 che «il problema dell'individuazione del tipo (o dei tipi) di sanzione della *culpa in contrahendo* non può essere affrontato se prima non si è preso posizione sulla fon-

Le problematiche menzionate, in verità, non vogliono essere trattate con spirito di semplificazione, tenuto conto che si riflettono sulla stabilità dei principi di teoria generale del negozio e sulle categorie giuridiche radicate nella nostra tradizionale esperienza giuridica. Intanto, non si può trascurare che il contratto è lo strumento principale a disposizione dei consociati per amministrare in regime di autonomia la ricchezza individuale. Questo presupposto rende di per sé fuorviante l'idea che un soggetto terzo, nella specie un giudice, possa modificare il regolamento negoziale allo scopo di riequilibrare le prestazioni contrattuali. Ricondurre il contratto ad equità oltre che ad ampliare incontrollatamente il sindacato del giudice, è un'attività che mal si concilia con l'autonomia negoziale delle parti. La legge, infatti, non vieta *ex ante* la previsione di condizioni negoziali squilibrate, ma disapprova soltanto quell'accordo che, in ragione delle modalità concrete con cui si è formato, non costituisce sufficiente espressione di libertà ed autonomia di uno dei contraenti. Le parti sono libere di determinare le regole dello scambio ma sono vietate specifiche fattispecie di abuso, all'interno delle quali assume rilevanza anche la condotta scorretta, con la quale una parte impone all'altra un regolamento di interessi significativamente iniquo e sproporzionato. Inoltre, l'argomento investe questioni ancora più ampie poiché mette in crisi il sistema delle fonti, ancorato al mito della legge scritta e alla visione del giudice come *bouche de la loi*¹⁰. Se per molto tempo l'at-

datezza dell'antica distinzione tra regola di validità e regole di comportamento (o di buona fede), secondo la quale le due serie di disposizioni stanno in una posizione di compiuta reciproca autonomia, obbedendo a scopi diversi e distinti, le prime alla certezza dei traffici, le seconde alla giustizia sostanziale».

¹⁰ C.L. MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, (1749), ed. a cura di S. Cotta, Torino, 1973, p. 278, il quale intende il potere giudiziario come un potere neutro, chiamato a pronunciare le parole della legge. Questa era la linea di pensiero fortemente sostenuta nell'illuminismo giuridico che scontava la visione del diritto naturale. Interessante citare alcuni passi dei fautori di questa impostazione: J. BENTHAM, *An Introduction the Principles of Morals and Legislation*, (1789), I, Bruxelles, 1829, p. 84: «quando il giudice ardisce di arrogarsi il potere di interpretare le leggi, vale a dire di sostituire la sua volontà a quella del legislatore, l'arbitrio è dappertutto, nessuno può prevedere il corso che prenderà il suo capriccio»; G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, (1774), Napoli, 1974, p. 13 ss.: «per allontanare dai giudici ogni sospetto di parzialità» è necessario che «le decisioni si fondino non già sulla nuda autorità dei Dottori [...] ma sulle leggi espresse»; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di F. Venturi, Torino, 1965, p. 6: «Veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e

tività di interpretazione del giudice è stata considerata un rischio per la certezza del diritto, oggi il giurista pratico è inteso come una risorsa, è colui che usa le norme in funzione della specificità dei casi concreti, a favore della giustizia sostanziale. Un rigido sistema di enunciati, espressione di valori consolidati, non pare più conforme alle nuove istanze sociali che richiedono, perlomeno, un'interpretazione degli stessi in chiave evolutiva, ovvero rapportata alle circostanze personali ed ambientali. Non ogni modello di comportamento è collegato a schemi predefiniti, anzi la sua importanza si consolida nella società mediante il suo costante ripetersi, ancor prima che il diritto qualifichi quella condotta meritevole di tutela. L'assenza di una specificazione legislativa non esclude la necessità di offrire protezione a determinati interessi, soprattutto quando la lacuna normativa può essere colmata attraverso un precetto generale suscettibile di svariate interpretazioni. La costituzionalizzazione del diritto ha certamente rafforzato una visione dinamica della regola giuridica, la cui lettura è in chiave di valori. L'interprete, teorico e pratico, contribuisce alla formazione della regola, determinando il passaggio dallo *jus positum* allo *jus in fieri*¹¹.

2. *L'accordo e la fase di formazione del contratto.* – Il legislatore identifica nell'«accordo» il fulcro del contratto. L'art. 1325 c.c. lo enumera tra i suoi elementi essenziali e l'art. 1321 c.c. lo esplicita come nozione stessa di contratto¹². L'accordo è, quindi, sia elemento ne-

fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni». Nella dottrina contemporanea, va ricordato P. GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, p. 114 ss.

¹¹ V. almeno, N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 41 ss.; E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000, p. 195. Di segno contrario: C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 87-123.

¹² In dottrina si è spesso contestata l'identità tra contratto e accordo. Da un lato si è contestata la forza vincolante della definizione dell'art. 1321 c.c., evidenziando il carattere generico e sfuggente del termine stesso di «accordo». Vedi R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I-II, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 1993, p. 25. D'altra parte si è negato che il termine «contratto» coincida sempre con quello di «accordo», facendo leva su quelle situazioni nelle quali il contratto si formerebbe senza accordo. Vedi G. GORLA, *Il dogma del «consenso» o «accordo» e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 923 ss.; N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1 ss. Tra i contratti senza accordo sono stati individuati, da taluni, i contratti per adesione (di cui si avrà modo di trattare a breve)

cessario, la cui mancanza determina la nullità del contratto (art. 1418, co. 2, c.c.), sia espressione di libertà contrattuale, in quanto l'individuo è capace mediante esso di autodeterminare la sfera dei propri rapporti patrimoniali, respingendo attraverso il proprio dissenso vincoli indesiderati.

Il *consensus ad idem* è sufficiente al perfezionamento del vincolo negoziale quando i rispettivi interessi delle parti vengono appagati, seppur sia necessario che le loro manifestazioni di volontà si concretizzino in un'attività riconducibile ad uno degli schemi di accordo legalmente identificati. Sotto tale profilo, il legislatore del 1942 dedica alla fase di formazione del contratto diverse norme (artt. 1326-1342 c.c.), prestando particolare attenzione alle modalità in cui avviene l'incontro chiaro ed inequivoco delle volontà espresse, tacitamente manifestate o per mezzo di comportamenti concludenti. Più precisamente, il perfezionamento del contratto può essere il risultato di una fusione immediata ed istantanea delle volontà negoziali, ma può anche essere preceduto da un periodo di tempo, più o meno lungo, in cui le parti negoziano il contenuto del contratto e valutano la bontà e la convenienza dell'affare in ragione delle rispettive esigenze ed interessi economici e personali. In quest'ultimo caso, la conclusione del contratto sarà il frutto di una trattativa ovvero di un graduale e progressivo avvicinamento delle volontà delle parti.

La fase di formazione del contratto, proprio perché non sempre si realizza in un immediato incontro delle volontà ma in più atti, comportamenti e dichiarazioni, può dar vita a risultati incerti e non sempre equilibrati tra le parti. Il consenso espresso dalle stesse alla stipula del contratto può subire dei condizionamenti che vanno ad incidere negativamente sul negozio stipulato. Non solo. L'organizzazione del mercato odierno impone talvolta la celerità negli scambi commerciali, la semplificazione nel raggiungimento dell'accordo, sì che è oramai consuetudine in moltissimi settori commerciali la standardizzazione dei beni e servizi, tipica di un'economia di massa¹³.

e i contratti imposti. Per questi ultimi si intendono i contratti in cui vi è una forte restrizione pubblica della libertà contrattuale, come nel caso di sostituzione automatica di clausole contrarie alla legge; dell'obbligo legale di contrarre (art. 2597, 1679 c.c.). In virtù di questa imposizione legale si è ipotizzato che non si possa parlare di contratto in quanto manca la libera autonomia delle parti di determinare il contenuto negoziale. In senso contrario si è espresso V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2011, pp. 48-49.

¹³ In letteratura si discorre di *lex mercatoria* a voler indicare quel complesso di

Questo ha reso indispensabile la creazione di contratti standard o altrimenti detti per adesione¹⁴, in cui manca una trattativa tra le parti ed il contratto è il risultato di una predisposizione unilaterale ove la parte che non vi ha partecipato potrà solo esprimere la volontà di aderirvi.

Il fenomeno così descritto ha il vantaggio di assicurare l'uniformità di contenuto dei rapporti contrattuali aventi la medesima natura e posti in essere nei confronti di una massa indefinita di soggetti. Per contro, questa tipologia contrattuale ha fatto sorgere non pochi dubbi circa la sua stessa natura giuridica, in quanto minando la libertà negoziale del contraente, nella sostanza determina una disuguaglianza fra le parti. Ciò se si tiene conto che solo una parte ha il potere di definire le condizioni contrattuali, mentre l'altra, che ha necessità di acquistare quel determinato bene o servizio, si trova dinanzi ad una rigida alternativa: accettare o rifiutare il contratto. Queste perplessità ed in particolare l'assenza di partecipazione alla predisposizione del testo negoziale da parte di uno dei contraenti, induce ad ipotizzare che il contratto standard non può definirsi propriamente «contratto» in quanto manca l'accordo sugli elementi essenziali dello stesso. La parte oblata, infatti, non discute le condizioni contrattuali in base alle proprie esigenze economiche ma in forza di regole già disposte da controparte. Tuttavia, seppur una parte non si sia espressa nel senso di negoziare l'accordo, quest'ultimo non può dirsi mancante in quanto esiste su un piano formale-legale, dato che il contraente, presa visione

modelli contrattuali uniformi che si esprime mediante una fitta rete di clausole standard, condizioni generali. Al riguardo v. F. MARELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003, *passim*; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*; ID., *Lex mercatoria*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 721 ss.

¹⁴ Tra la dottrina più recente v. V. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 2017. Tra gli altri, AA.VV., *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1991. Per completezza espositiva si precisa che i contratti per adesione di cui sopra non hanno nulla a che vedere con i contratti di adesione o aperti di cui all'art. 1332 c.c., secondo cui «ad un contratto possono aderire altre parti» in un momento successivo. Difatti mentre nel caso dei contratti standard o per adesione, quest'ultima è elemento perfezionativo del contratto, nei contratti aperti l'adesione non è atto di accettazione ovvero a dirsi atto perfezionativo del contratto plurilaterale già posto in essere ma è un negozio giuridico unilaterale a se stante con il quale chi aderisce rende efficace nei propri confronti un negozio già concluso.

del contratto e purché non sussistano costrizioni esterne, decide comunque di accettarne il contenuto¹⁵.

Tanto premesso, l'attenzione non dovrebbe ricadere sulle modalità legali di perfezionamento del contratto, ma sulle condotte individuali dolose o colpose, che possono inficiare la manifestazione del consenso delle parti e che cionnonostante non integrano a stretto rigore un vizio essenziale o strutturale del contratto. Più nello specifico il riferimento si estende a tutte quelle fattispecie in cui, seppur il consenso di una o più parti non sia stato propriamente viziato secondo le disposizioni di legge di cui agli artt. 1427 ss., c.c., sussiste comunque un'anomalia che si traduce nella violazione di un obbligo comportamentale che altera la volontà delle parti e l'assetto di interessi sotteso al contratto creando uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi del regolamento negoziale, sì che ci si chiede se ciò sia di per sé sufficiente ad incidere consequenzialmente sulla validità del negozio.

La nostra tradizione giuridica rammenta che la fase delle trattative e della formazione del contratto è disciplinata da un duplice ordine di regole, da un lato le norme di correttezza in materia di responsabilità precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.)¹⁶; dall'altro le norme sulla validità del contratto. Fra queste ultime si ravvisano quelle che, tra le altre, disciplinano i vizi del consenso (artt. 1427 ss., c.c.) determinando l'annullabilità del contratto qualora il consenso sia stato dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo ovvero quelle che sanciscono la nullità del contratto (art. 1418 c.c.). I due ordini di regole appaiono, *prima facie*, molto diversi nella loro struttura, nella funzione e nella sanzione da cui sono assistiti¹⁷. Tuttavia, essi, gravando sullo stesso fenomeno della formazione del vincolo contrattuale, danno luogo a delicati problemi di coordinamento.

Più precisamente, quando si discorre di regole di validità ci si riferisce a tutte quelle norme le cui prescrizioni sono rigorosamente tipizzate ed esplicitate dal legislatore¹⁸. Esse garantiscono la regolarità

¹⁵ Tale problematica è affrontata da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 43-44.

¹⁶ Dalla casistica giurisprudenziale il caso più frequente è quello del recesso ingiustificato dalle trattative (*infra* Cap. III, § 3.1). In giurisprudenza Cass., 26 febbraio 2013, n. 4802; in dottrina, fra gli altri, C. CAVAJONI, *Ingiustificato recesso dalle trattative e risarcimento del danno*, in *Contratti*, 2007, p. 303.

¹⁷ Per un primo approfondimento sull'argomento si veda G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996.

¹⁸ V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., pp. 156-157.

formale dell'atto giuridico, determinando in caso di loro violazione l'invalidità dello stesso, nella forma dell'annullabilità o della nullità. In tal senso è valido l'atto che rispondendo alle prescrizioni legali risulti essere conforme alla norma giuridica¹⁹.

Le norme di correttezza invece si presentano con una struttura molto differente rispetto alle prime. Si atteggianno come clausole generali²⁰, il cui contenuto precettivo non è specificatamente individuato dal legislatore. Esse esprimono una regola comportamentale posta dall'ordinamento, la cui violazione determina quale unica sanzione quella del risarcimento del danno.

Dalla diversità strutturale ne consegue anche una difformità funzionale. Le regole di validità garantiscono primariamente la certezza del diritto mentre le regole comportamentali garantiscono la giustizia sostanziale.

Sarà interessante accertare, alla luce di questi primi spunti, se la marcata differenza tra i due ordini di regole segnate nel tempo da una radicale autonomia, sia ancora pienamente attuale o se invece le regole di correttezza sono in grado di influenzare le regole di validità.

3. *Il principio di non interferenza.* – La dottrina più tradizionale, già a partire dalla vigenza del codice del 1865²¹, ha sostenuto in maniera pressoché unanime il principio di non interferenza tra regole di

¹⁹ C. CICERO, voce *Regole di validità e responsabilità*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., IX, Torino, 2014, p. 539 ss.

²⁰ P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 1; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra produzione e integrazione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 631 ss.; A. GUARNIERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 403 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 10; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, p. 609; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, *ivi*, 1984, p. 539.

²¹ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 105 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 171. Più di recente v. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss., in cui si legge che «in nessun caso comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione della buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni» e più avanti aggiunge che «la clausola della buona fede non è mai criterio di nullità del contratto o di singole clausole».

validità e regole di comportamento. Il principio si fonda sulla netta separazione ed autonomia, presente nel codice civile, tra le norme che governano l'invalidità dell'atto e quelle che hanno ad oggetto i comportamenti contrari al dovere di buona fede tenuti dalle parti nella fase precontrattuale, i quali tuttavia non confluiscono nei vizi del consenso e come tali rimangono irrilevanti sul piano della validità del contratto poi successivamente stipulato. Si esclude, dunque, che il sistema delle invalidità, rigorosamente formalizzato dalla legge, possa essere liberamente integrato da ipotesi di invalidità desunte dalla violazione di una regola comportamentale. In altre parole un comportamento contrario a buona fede, posto in essere da uno dei contraenti nella fase di formazione del contratto, non è in grado di incidere sulla validità del contratto, potendo dar vita esclusivamente ad una responsabilità di tipo risarcitorio.

L'affermazione del suddetto principio non vuol dire escludere che ogniquale volta si verifichi un'ipotesi di invalidità contrattuale non si possa altresì individuare la violazione di un obbligo comportamentale. Nelle fattispecie di dolo e di violenza morale il contraente mediante artifici e raggiri ovvero la minaccia di un male ingiusto è indotto ad addivenire alla stipula di un contratto che in assenza del comportamento di mala fede adottato dalla controparte non avrebbe sicuramente stipulato. In tali casi, alla sanzione risarcitoria si aggiunge anche quella caducatoria del contratto nel senso che quest'ultimo potrà essere, su istanza della parte lesa, invalidato con il rimedio dell'annullabilità. Le ragioni di tale scelta legislativa muovono probabilmente dalla sussistenza di una violazione molto grave dell'obbligo comportamentale che ha reso preferibile affiancare alla responsabilità precontrattuale anche il rimedio dell'invalidità del contratto, a voler ulteriormente sottolineare la riprovevolezza della mala fede in *contrahendo*²².

Posta la rilevanza della mala fede nei casi specificatamente tipizzati, preme comprendere invece se comportamenti non integranti i tipici vizi del consenso ma giudicati scorretti alla luce della clausola generale di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., possano invalidare comunque il contratto. Si tratta nello specifico di stabilire il limite dell'irrilevanza della mala fede, ovvero fino a che punto il comportamento scorretto delle parti possa assurgere a parametro di giudizio

²² G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 40.

della validità dell'atto da parte del giudice. In tal senso, il contratto sottoposto al vaglio giudiziale potrebbe essere considerato nullo o annullabile²³ a prescindere da una previsione normativa espressa e per la sola inosservanza della clausola generale di buona fede, nel silenzio di qualsivoglia condizione contrattuale specifica. Tale linea argomentativa pare subito impervia in quanto si scontra con il sistema tipico delle invalidità contrattuali.

La questione può assumere connotati ancor più problematici qualora, addirittura, i contraenti magari dispongano pattiziamente il rimedio dell'invalidità dell'atto dinanzi ad una condotta contraria a correttezza. In questo ultimo caso è posto che ciò sia ammissibile, la mala fede è già qualificata rilevante dalle parti. Si dovrebbe indagare, invece, sui limiti entro cui può estendersi l'autonomia negoziale.

Autonomia significa letteralmente dar legge a se stessi. Quella negoziale si estrinseca nel potere di disporre della propria sfera giuridico-patrimoniale e di autoregolamentare i propri interessi²⁴. Pur mancando una previsione esplicita nell'ambito della Carta Costituzionale, parrebbe che essa trovi tutela nel disposto di cui agli artt. 2 e 3 Cost., pur essendo l'art. 2 Cost. posto a garanzia non della libertà negoziale in sé considerata ma alla sua manifestazione nelle formazioni sociali. È preferibile ritenere che l'autonomia privata trovi tutela nel dettato dell'art. 41 Cost. che riconosce la libertà di iniziativa economica privata, oltre che nell'art. 42 Cost. che garantisce il diritto di proprietà, affermandone, nel contempo la funzione sociale²⁵.

Il riconoscimento della valenza costituzionale dell'autonomia privata, non è sinonimo di un «potere libero» per i privati. Al contrario essa è vincolata. In letteratura si legge che l'autonomia negoziale non ammette l'esistenza di limiti estrinseci²⁶ fatta eccezione per le fat-

²³ Nel proseguo della trattazione si distingueranno nello specifico le due ipotesi di invalidità. In questa fase di trattazione preliminare sarà sufficiente il riferimento generico ad entrambe.

²⁴ La letteratura in argomento è, come noto, sterminata. In generale P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, 3, Milano, 2000, pp. 8 ss. e 16-17; F. GALGANO e S. RODOTÀ, *Rapporti economici. Artt. 41-44 Cost.*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1982.

²⁵ *Ex multis*, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, III, 2, *Il contratto*, Milano, 2009, p. 53 ss.

²⁶ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 105.

tipologie legislative previste. Ne è prova l'art. 1322 c.c. ove si afferma che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le norme che impongono ipotesi tassative di invalidità attinenti ai vizi del consenso ovvero ai vizi strutturali del negozio non possono, dunque, in alcun modo soccombere dinanzi al volere differente dei privati. Pertanto, un atto negoziale è invalido solo se non rispettoso delle prescrizioni normative e non in ragione di una scelta convenzionale fra le parti contrattuali.

I profili fino ad ora delineati in realtà non sono attualmente così pacifici²⁷, se si tiene conto che il ruolo dell'autonomia privata, così come quello della rilevanza della buona fede, sono sempre più marcati. Tendenza che è frutto della spinta giurisprudenziale e dottrinale – aperte alle nuove emergenze economico-sociali – ed accolta dal legislatore nazionale ed internazionale, che in specifiche materie ribadisce sempre più l'importanza del contegno reciproco delle parti nella fase di formazione del contratto.

4. *Nuove prospettive. Rimeditazione sul «contratto valido» e «contratto giusto».* – Le regole di validità si caratterizzano per un aspetto fortemente statico, dettato da una struttura preminentemente formalizzata²⁸. Nella sostanza affinché un regolamento negoziale possa considerarsi valido è necessario che rispecchi lo schema legale. Contrariamente ad esse, le regole di comportamento, in quanto non rigidamente formulate, emergono per il loro carattere spiccatamente dinamico tanto che, in forza di una tecnica di normazione sintetica, si manifestano mediante una clausola generale, la quale fa rinvio a comportamenti che secondo valutazioni sociali o di costume si considerano scorretti²⁹. Le suddette valutazioni esprimono un giudizio di riprovazione e indesiderabilità sociale del contegno contrario a buona fede che una delle parti pone in essere nella fase di formazione del contratto al fine di ottenere ingiustificati vantaggi. In questa prospettiva la clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. è volta a «moralizzare» il procedimento di formazione del consenso poiché impone

²⁷ F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ.* Perlingieri, Napoli, 2008, p. 3.

²⁸ M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 5.

²⁹ I. FEDERICI, *Giudizio di validità e contratto giusto (riflessioni su un recente orientamento delle Sezioni Unite)*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 422.

alle parti di tenere reciprocamente un comportamento leale e corretto³⁰.

È pur vero, però, che un giudizio etico si caratterizza per l'avere dei confini non sempre precisi ed anzi incerti. Difatti l'etica³¹, utilizzata, nel caso di specie, per valutare se un comportamento risulti essere conforme oppure no alla morale sociale ovvero agli usi che comunemente sono propri delle pratiche commerciali, è soggetta ad evoluzioni in linea con i cambiamenti di valori e costumi delle diverse epoche storiche.

La labilità dei contorni della regola di buona fede, rende difficoltoso allontanarsi dall'impostazione tradizionale secondo cui la sua violazione non possa fungere da parametro di valutazione giudiziale dell'invalidità del contratto. Diversamente argomentando, oltre a scardinare il sistema tipico delle invalidità – come già evidenziato – si attribuirebbe un potere incontrollato al giudice che, dinanzi ad una fattispecie concreta ed in mancanza di elementi normativi dettagliati, si troverebbe a dover stabilire se una determinata condotta scorretta possa dar vita non solo ad una responsabilità precontrattuale ma ancor di più all'invalidità del contratto. In tal senso consegue che la parte debole, la quale ha subito la condotta sleale, qualora abbia interesse a mantenere in piedi il contratto potrebbe richiedere il solo risarcimento del danno, altrimenti potrebbe addirittura cumulativamente agire per far dichiarare l'invalidità dello stesso.

Orbene, se queste sono le premesse che inducono oramai da tempo a ribadire il principio di non interferenza tra le regole di validità e le regole di responsabilità, non possiamo in realtà esimerci dal vagliare altre strade che portino – eventualmente – in direzioni contrarie, perlomeno per comprendere se esse siano quantomeno percorribili.

Questo nuovo atteggiamento non nasce certamente dall'esigenza di contraddire a priori l'impostazione tradizionale, la quale non può che essere nelle sue linee essenziali condivisibile. Non vi è dubbio alcuno che il distaccarsi dal principio di autonomia dei due ordini di regole possa determinare incertezze nell'ordinamento nonché possa attribuire al giudice un potere che, di fatto, diverrebbe quello di «le-

³⁰ G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, cit., p. 11 ss.

³¹ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. F. Gonnelli, Roma-Bari, 2015; Id., *Critica della ragion pratica*, trad. F. Capra, Roma-Bari, 2012.

giferare». L'incertezza del diritto la si riscontra nel fatto che i contraenti potrebbero, successivamente alla stipula, vedere caducato il contratto senza poterlo preventivamente prevedere, in assenza di una norma che nello specifico disponga che ad un dato comportamento scorretto corrisponde quale sanzione la nullità o l'annullabilità del contratto. Nel contempo il potere del giudice di «legiferare» lo si avrebbe in quanto sarebbe lui a stabilire la rilevanza della condotta di mala fede al punto da invalidare il negozio. In questo caso il ruolo dell'interprete sarebbe non solo quello di applicare la legge ma nel concreto quello di creare nuovo diritto.

Sebbene queste affermazioni siano del tutto corrette, d'altro canto non ci si può sottrarre dal rappresentare l'esistenza di realtà sociali più ampie che non vanno trascurate. Nuove situazioni giuridiche vanno analizzate in una logica comparata, tenuto conto dei nuovi interventi legislativi sia sul piano nazionale che internazionale e delle nuove pratiche commerciali che implicano la nascita di svariate tipologie contrattuali.

Questo, inevitabilmente, rende necessaria l'individuazione di forme di tutela nuove per gli stessi contraenti qualora il sistema rimediale vigente non risulti sufficiente a proteggere pienamente i loro diritti. In sostanza, si vuole evitare che l'atteggiamento di chiusura proprio della tradizione giuridica, crei una sorta di staticismo del diritto e del sistema giuridico.

Ecco che, allora, interpretare la clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. come espressione di una sola responsabilità risarcitoria, qualora l'obbligo di buona fede da essa sancito venga violato, (forse) potrebbe apparire riduttivo. Per quale motivo un ordinamento in cui viene garantita costituzionalmente la giustizia non solo formale ma soprattutto sostanziale dei rapporti sociali (art. 3 cost.) – come tale anche quelli negoziali³² – dovrebbe tollerare che un soggetto in mala fede nella formazione del contratto tragga benefici ingiustificati dal contratto, mentre la controparte ne debba subire gli effetti negativi restando ad esso legata pur non rispecchiando, il regolamento negoziale, i suoi interessi?

Scriveva Pietrobon in un pensiero ancor oggi attuale, che non è pensabile che il diritto riconosca validità ad un contratto quando i suoi effetti tornino sostanzialmente a favore di una persona che si è

³² In tal senso si veda per tutti P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., *passim*.

macchiata di disonestà in occasione della conclusione di esso e a svantaggio di chi, per essersi comportato correttamente, di quella disonestà è rimasto vittima e, ancor di più, che il diritto non può riconoscere a un negozio effetti favorevoli per una persona e insieme porre a carico di questa in dipendenza del fatto medesimo, una responsabilità³³. Un apparato rimediale non idoneo a tutelare determinate posizioni svantaggiose, non assolve alcuna funzione deterrente verso colui che, nella prospettiva di essere tenuto al solo risarcimento del danno, ricavi un guadagno molto più grande dalla stipula del contratto. Si badi bene che la problematica investe non soltanto piccole realtà economiche. Si pensi, per esempio, ad una grande azienda che al fine di addivenire alla conclusione di un contratto per sé particolarmente vantaggioso, nel corso delle trattative non assolve pienamente l'obbligo di informare la controparte di tutti i rischi, spese e svantaggi che potrebbero derivare dall'operazione economica. Paradossalmente la parte colposamente in mala fede ha quale interesse primario quello di arrivare alla stipula del contratto in quanto anche qualora dovesse essere chiamata a rispondere di responsabilità precontrattuale, l'ammontare del risarcimento sarebbe probabilmente inferiore rispetto ai guadagni effettivamente conseguiti. Pertanto pur di ottenere il perfezionamento del contratto, il contraente è portato ad adottare condotte sleali, la cui sanzione economica non esclude nel concreto di conseguire comunque un affare vantaggioso. È in tal senso che la regola di correttezza si arricchisce di un nuovo significato e rileva non più soltanto come fonte di obblighi di protezione degli interessi dell'altra parte, che potrebbero essere pregiudicati nello svolgimento del rapporto, ma anche come strumento per correggere asimmetrie informative o di potere contrattuale.

In definitiva uno stato di diritto che trascuri di operare un «controllo» sul mercato ed in particolare nei rapporti negoziali, alimenta inevitabilmente comportamenti scorretti in quanto non debitamente sanzionati.

Si parla normalmente di «giustizia contrattuale»³⁴, locuzione che,

³³ V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., p. 106.

³⁴ Sulla nozione di giustizia contrattuale v. almeno G. D'AMICO, «Giustizia contrattuale»: considerazioni preliminari (dalla prospettiva del civilista), in *Dir. lav. merc.*, 2017, p. 253 ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.; F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 233 ss.; V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, Milano, 2014, p. 447 ss.; M. BARCELLONA, *Clau-*

peraltro, si presta a svariate ed ampie interpretazioni. Il termine giustizia, infatti, presenta negli scritti correnti una forte ambiguità. Esso lo si può intendere come uguaglianza nello scambio; come riequilibrio dell'assetto di interessi disegnato originariamente dalle parti, a seguito del mutamento di circostanze rilevanti successivamente alla conclusione del contratto; come portatrice di valori o come giustizia distributiva delle risorse economiche all'interno del mercato.

La giustizia nel senso che a noi interessa rimanda alla tematica dell'equilibrio contrattuale, intesa, quest'ultima, non solo sotto un profilo strettamente economico – in riferimento ad un principio di proporzionalità delle prestazioni dedotte in contratto³⁵ – ma anche sotto un profilo normativo ovvero come sintesi delle posizioni normative dei contraenti in ragione di un'equa distribuzione di diritti, obblighi, oneri, responsabilità e rischi³⁶.

Ammettere un controllo pubblicistico sul regolamento negoziale non vuol dire che si debba limitare la libera contrattazione imponendo o vietando determinate clausole o contenuti contrattuali. La legge, infatti, non vieta *ex ante* un particolare regolamento contrattuale ma è giusto che disapprovi invece quell'accordo che, in ragione delle modalità concrete con cui si è formato, non costituisce sufficiente espressione di libertà ed autonomia di uno dei contraenti. È questa la tendenza che sembra oggi caratterizzare il diritto dei contratti, dove le parti sono libere di determinare le regole dello scambio ma sono vietate specifiche fattispecie di abuso, all'interno delle quali assume rilevanza anche la condotta scorretta, con la quale una parte impone all'altra un regolamento d'interessi significativamente squilibrato.

Espressione di queste considerazioni è la disciplina del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), la cui *ratio* è quella di regolamentare i contratti dei consumatori secondo due obiettivi: la

sole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede fra codice civile e diritto europeo, Torino, 2006, *passim*; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, *passim*; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 194 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 257 ss.

³⁵ R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, p. 47 ss.

³⁶ A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2004, pp. 89, 97, 165.

giustizia e l'efficienza. L'art. 2, co. 2, lett. e), cod. cons., eleva la giustizia, nelle sue svariate forme della correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, a rango di principio generale in quanto indicata tra i diritti fondamentali dei consumatori. Allo stesso modo, favorire le imprese che nel mercato non abusano della propria posizione dominante mediante pratiche commerciali scorrette, crea un mercato efficiente che punta su una concorrenza leale fondata sulle qualità dei soggetti. Per questo il legislatore ha demandato al giudice il compito di valutare, alla stregua della buona fede, se il predisponente inserendo una particolare clausola nel contratto, abbia determinato un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti (art. 33, co. 1, cod. cons.)³⁷.

Ora questa specifica disciplina altro non è che applicazione del più generale e ampio principio di equità che evoca la giustizia del caso singolo. Essa, infatti, applicata al contratto autorizza il giudice a determinare aspetti del regolamento non contemplati nell'accordo delle parti, né puntualmente definiti da leggi o usi. L'opera di integrazione suppletiva del giudice è quella di trovare soluzioni che siano giuste ed equilibrate alla luce dei programmi e degli assetti d'interessi definiti nel contratto³⁸. Secondo questa impostazione l'equità non consente al giudice di andare contro al volere delle parti, che nel concreto può anche essere quella di creare un contratto squilibrato (per es. nessuno può impedire ad un soggetto che voglia liberarsi al più presto di un immobile, di venderlo ad un prezzo inferiore a quello di mercato, determinando così una sproporzione tra le prestazioni).

È pur vero però che qualora dall'assetto di interessi si evinca che lo squilibrio contrattuale è dettato non da una scelta consapevole dei contraenti ma da una scelta viziata, allora la sproporzione tra i vantaggi e gli svantaggi contrattuali assume una diversa rilevanza che merita tutela da parte dell'ordinamento. Una volontà viziata, si badi, non è solo quella che influenza in maniera preponderante il consenso ricadendo sull'accordo stesso fino a farlo venir meno nella sostanza (come nei casi di errore, dolo, violenza). La volontà si considera viziata anche qualora la parte che vuole il contratto, accetta non in piena consapevolezza un regolamento contrattuale non corrispondente agli interessi cui l'operazione economica era originariamente preordi-

³⁷ Sul concetto di vessatorietà delle clausole contrattuali nell'ambito dei contratti tra consumatore e professionista v. *infra*, Cap. II, § 7.

³⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 463 ss.

nata. Si pensi all'approffittamento di un errore, per esempio sui motivi, riconoscibile o riconosciuto dall'altra parte ovvero ad un errore astrattamente essenziale ma nel concreto non determinante. In questi casi, in cui non possiamo parlare propriamente di errore, tipicamente inteso, è difficile affermare con assoluta certezza che le anomalie non influiscano sul consenso ed è altresì improprio sostenere che il solo rimedio del risarcimento del danno sia in grado di riequilibrare lo svantaggio sofferto dalla vittima a causa del comportamento in mala fede di controparte.

Seguendo questa logica argomentativa, la rigidità dalla quale siamo partiti per descrivere il principio di autonomia tra regole di validità e di comportamento va via via affievolendosi.

La soluzione al problema resta tutt'oggi aperta.

Secondo il dato tradizionale ogni valutazione sugli interessi sottesi al negozio si esaurirebbe nel giudizio di validità. Conseguentemente se non sussistono vizi che si ripercuotono sulla struttura ovvero sugli elementi essenziali dell'atto, nessun sindacato esterno può essere sollevato circa il volere delle parti. Questo determina quale immediato corollario la preclusione a qualunque forma di responsabilità prenegoziale se le trattative hanno avuto esito positivo. Pertanto il giudizio di validità assorbe qualsiasi valutazione sul comportamento, anche scorretto, delle parti. Qualsiasi condotta sleale del contraente fatta di silenzi, reticenze, menzogne, approfittamenti, sfruttamento di stati psichici alterati³⁹ e più in generale qualsiasi forma di abuso⁴⁰ nella fase di formazione del contratto è secondo questa visione irrilevante.

³⁹ M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 2.

⁴⁰ Per un approfondimento in materia di abuso contrattuale v. L. CORSARO, *Raggiro, dolo colposo e annullamento del contratto*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 10 ss.; Id., *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979.