UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

**TESI DI DOTTORATO**

Sede Amministrative: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE
E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
CICLO XXXII

# *UNFAIR EXPLOITATION*
# INVALIDITÀ E GIUSTIZIA CONTRATTUALE

Direttore della scuola di dottorato: Ch.ma Prof.ssa Arianna Fusaro

Supervisore: Ch.mo Prof. Stefano Delle Monache

Dottorando: Antonio Sartor

## ABSTRACT

Secondo una visione diffusa dovrebbe assumere un ruolo centrale, nelle riflessioni della dottrina, il tema della giustizia del contratto, la quale - modernamente intesa - imporrebbe il perseguimento di due istanze di tutela: della parte debole del rapporto contrattuale e dell'equilibrio contrattuale. In questo senso la tesi prende avvio dall'esame dell'*unfair exploitation*, figura prevista da alcuni progetti di codificazione europea e, primariamente, dal *Draft common frame of reference*. In questa figura l'abuso dell'altrui condizione di debolezza e lo squilibrio dei termini del contratto sono fatti assurgere ad elementi costituivi di un'ampia e onnicomprensiva fattispecie invalidatoria, collocata nell'ambito dei vizi del volere. Il modello così delineato è, dunque, quello di un contratto giusto se ed in quanto concluso in esito ad un corretto procedimento formativo, avvalorandosi l'idea che a dover essere perseguita sia una visione procedurale della giustizia del contratto, non assegnandosi, di contro, alcun ruolo autonomo allo squilibrio contrattuale per sé considerato.

Il mezzo per il perseguimento della giustizia del contratto, dunque, viene individuato nella repressione degli abusi nella fase formativa del vincolo.

Alla luce di ciò la tesi passa ad esaminare gli istituti che nel nostro ordinamento consentono di tendere a tale risultato, e la ricerca è mossa dal fine di delineare l'attuale perimetro dei rimedi caducatori previsti per il ricorrere delle ipotesi di errore, dolo, violenza, rescissione ed incapacità naturale. Infine, la tesi esamina la portata della regola posta dall'art. 1337 c.c., e le conseguenze dipendenti dalla violazione della buona fede *in contrahendo*.

Si conclude nel senso che, pur in assenza di una fattispecie generale come quella che fa capo all'*unfair exploitation*, il nostro ordinamento può attingere i medesimi risultati, pur se per il tramite di istituti e rimedi di varia natura, essendo da constatare però come - alla luce della disciplina della responsabilità precontrattuale - non debba ritenersi che, nel disegno normativo impresso al nostro codice civile, sussista un'equazione fra contratto giusto e contratto valido.

## ABSTRACT

*According to a widespread view the topic of contract justice should play a central role in the reflections of the doctrine. It would require the pursuit of two protection needs: the one of the weak part in the contractual relationship and the one of the contractual balance. In this sense the starting point of the thesis is the examination of* unfair exploitation*, a construct disciplined by some European codification projects and, primarily, by the* Draft common frame of reference*. In this figure the abuse of the other's condition of weakness and the imbalance of the terms of the contract have been made elements constituting a wide invalidating case, placed within the vices of consent. The model outlined is, therefore, that of a fair contract to the extent that it is concluded as a result of a fair procedure; this confirms the idea that a procedural vision of the justice of the contract is the one to be pursued, assigning, on the contrary, no role for the contractual imbalance considered* per se*. The means to pursue contractual justice, therefore, is identified in the repression of abuses in the pre-contractual phase.*

*In light of this, the thesis goes on to examine the institutions that in the Italian legal system allow to approach to this result, by delineating the current perimeter of contractual invalidities deriving from the recurrence of the hypotheses of mistake, fraud, violence, «*rescissione*» and incapacity. Finally, the scope of the rule set by art. 1337 of the* Codice civile *and the consequences caused by the violation of the good faith* in contrahendo *are examined.*

*The conclusions are in the sense that, even in the absence of such a general prevision which is the one regulating* unfair exploitation*, the Italian system draws on the same results, although through sveral institutes and remedies. It should be noted however - in the view of the rules concerning pre-contractual liability - the absence of an equation between fair and valid contract.*

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....1

CAPITOLO I: L'*UNFAIR EXPLOITATION* TRA GIUSTIZIA CONTRATTUALE SOSTANZIALE E PROCEDURALE.....8

Sez. 1) L'unfair exploitation nei sistemi di soft law.....8

1.1.1. L'unfair exploitation quale istituto di soft law. Le previsioni dei Principi Unidroit, dei Principi di diritto europeo dei contratti, del DCFR e della CESL. .....8

1.1.2. Considerazioni generali sull'unfair exploitation. .....17

1.1.3 Unfair exploitation e c.d. giustizia contrattuale sostanziale. Critica della tesi che interpreta l'ingiusto profitto o il vantaggio iniquo come sinonimi di "sproporzione tra le prestazioni", configurando così un 'autonomia privata piegata alla logica del mercato. .....26

1.1.4. L'Unfair exploitation e la c.d. giustizia contrattuale procedurale. La giustizia del contratto riposa nella legalità del procedimento formativo della regola privata. .....38

Sez. II. *Unfair exploitation* e diritto positivo. .....50

1.2.1. L'unfair exploitation nel diritto continentale. Il contratto contrario ai buoni costumi nel paragrafo §138 del BGB. L'abuso di dipendenza nel novellato diritto delle obbligazioni e dei contratti del Code civil. L'abuso delle circostanze nel Codice civile olandese. .....50

1.2.2. L'area di common law. L'undue influence nella giurisprudenza di equity, ed i dubbi sull'esistenza di un generale principio di rilevanza dell'inequality of bargaining power e dell'unconscionable bargain. La dottrina dell'uncouscionability nel diritto nordamericano.....57

CAPITOLO II: IL PUNTO DI VISTA DEL LEGISLATORE NAZIONALE. IL CONSENSO VIZIATO NELLA DISCIPLINA CODICISTICA. .....67

Sez. I. *Unfair exploitation* e vizi del volere. L'abuso dell'altrui debolezza intellettiva nella disciplina di errore e dolo; l'abuso dell'altrui debolezza volitiva nella disciplina della violenza. ..... 68

2.1.1. Introduzione. Unfair exploitation come sfruttamento dell'altrui debolezza dell'intendere o del volere. Scopo dell'indagine. ..... 68

2.1.2. Il Codice del 1942: la disciplina dei vizi del consenso come manifestazione del delicato equilibrio tracciato dal legislatore fra tutela della volontà (intesa come "reale intenzione") e dell'affidamento dei contraenti. Impossibilità di ricondurre errore, dolo e violenza ad un principio unitario: tassatività e tipicità del contenuto dei singoli vizi. ..... 73

2.1.3. Vizi del consenso e parità formale dei contraenti, intesi quali «soggetti giuridici astratti». Il principio di eguaglianza formale dei contraenti ed alcuni suoi corollari: limitata rilevanza delle caratteristiche delle parti e delle ragioni soggettive del loro agire nella disciplina dell'errore. ..... 82

2.1.4. La limitata rilevanza delle condizioni soggettive del raggirato nel "sistema" del dolo. Le rigidità della sequenza "raggiro – errore – contratto". Fra errore e dolo: l'errore riconosciuto. ..... 90

2.1.5. L'area della debolezza volitiva. Lo schema "minaccia – timore – contratto" nella disciplina legislativa della violenza morale. ..... 104

2.1.6. Considerazioni di sintesi sul rapporto fra Unfair exploitation e vizi del volere. ..... 113

Sez. II. L'*unfair exploitation* nell'area contigua ai vizi del volere: stato di pericolo, stato di bisogno ed incapacità naturale. ..... 115

2.2.1. Premessa introduttiva. ..... 115

2.2.2. Abuso di economic distress e urgent needs nella disciplina della rescissione. Le indicazioni sistematiche tratte dalla disciplina positiva dell'istituto nel nostro ordinamento. ..... 118

2.2.3. Le radici storiche della rescissione nel tempo fra le due codificazioni: le ragioni dell'affermata a-sistematicità dell'istituto. ..... 125

2.2.4. La rescissione per lesione alla prova della novellata disciplina dell'usura ad opera della l. 7 marzo 1996 n. 108 ..... 135

2.2.5. Considerazioni conclusive sulle debolezze tutelate dalla rescissione. ..... 148

2.2.6. L'incapacità naturale e le debolezze intellettive. Gli incerti confini della figura. ..... 149

2.2.7. Mala fede e pregiudizio nell'art. 428 c.c. L'incapacità naturale come fattore ostativo alla libera manifestazione del consenso. ..... 155

2.2.8. I lineamenti del reato di circonvenzione d'incapace, e la tutela della deficienza psichica. ..... 159

2.2.9. Gli effetti, sul piano civilistico, del reato di cui all'art. 643 c.p. sul contratto concluso dall'incapace e dal soggetto affetto da deficienza psichica. ..... 163

2.2.10. Le debolezze tutelate dalla circonvenzione d'incapace. Confronto con il § 138.2 BGB. ..... 176

2.2.11. Considerazioni conclusive sul rapporto fra unfair exploitation ed istituti posti a tutela del consenso dei contraenti nell'ambiente codicistico. Ricognizione delle aree in cui l'unfair exploitation si presenta come fattispecie inclusa nei tradizionali vizi, e delle aree escluse. ..... 181

CAPITOLO III: L'UNFAIR EXPLOITATION NELLE TRATTATIVE E NELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO. ..... 187

Sez. I. Gli articoli 1337 e 1338 c.c. dalla lettura minima alla "scoperta" dei vizi incompleti. le ragioni per una rimeditazione del tema. ..... 188

3.1.1. Premessa. ..... 188

3.1.2. Tre tesi sul contratto sfruttatorio. Un contratto viziato né nel consenso né nel contenuto, ma in uno spazio giuridico esterno alla fattispecie. Il raccordo con l'art. 1337 c.c. ..... 190

3.1.3. segue…Buona fede in contrahendo, vizi del volere ed incapacità naturale. Piano dell'indagine. ..... 193

3.1.4. La prima fase della responsabilità precontrattuale. Le interpretazioni (giurisprudenziali) tese a ridurre l'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c. alle ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative. La preminenza dell'art. 1338 c.c. ..... 197

3.1.5. L'art. 1337 c.c. nella dottrina. L'avvio della seconda fase della responsabilità precontrattuale. I doveri di comportamento scaturenti dalla buona fede: protezione e tutela dell'altrui libertà negoziale. .....205

3.1.6. La seconda fase della responsabilità precontrattuale. Indipendenza tra risarcimento del danno e conclusione di un contratto valido. La teoria dei vizi incompleti del contratto. .....211

3.1.7. Gli avvalli giurisprudenziali e la responsabilità da contratto valido ma sconveniente. .....215

3.1.8. Le ragioni per rimeditare la tesi dei vizi incompleti. La tesi di D'Amico. .....218

3.1.9. Le recenti proposte di riforma del Codice civile. .....221

Sez. II. La Responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido. Fondamento normativo e ipotesi applicative. .....225

3.2.1. La buona fede come clausola generale. .....225

3.2.3. La "veste" giuridica della relazione precontrattuale. .....235

3.2.4. Il principio di distinzione tra regole di validità e regole di correttezza: l'indipendenza reciproca dei due giudizi è «nella stessa previsione del legislatore». .....248

3.2.5. Qualche indicazione di metodo tratta dal principio di distinzione come sopra individuato. .....257

3.2.6. Il risarcimento del danno in caso di dolo incidente, errore determinante e incidente. Riconoscibilità e scusabilità nel giudizio risarcitorio. .....259

3.2.7. Approfittamento dell'altrui debolezza intellettiva e rimedio risarcitorio. .....267

3.2.8. Abuso dell'altrui stato di debolezza volitiva. Violenza incidente, approfittamento e lesione infra dimidium, abuso dell'altrui dipendenza o timore. .....271

Sez. III. Buona fede e invalidità. .....275

3.4.1. Buona fede in contrahendo, vizi atipici e annullabilità. Inaccoglibilità della tesi che ricava regole di validità dalla regola di correttezza. .....275

3.4.2. …(segue) eventuali obiezioni alla tesi qui sostenuta.....281

3.4.3. …(segue) un'ulteriore obiezione: l'ampiezza dei vizi del volere nei PDEC, nel DCFR, nel Code civil (e nelle recenti proposte di modifica al Codice civile?), e la necessità di seguire quella linea di tendenza. .....286

3.4.4. Buona fede e nullità. Inconfigurabilità della buona fede «demolitoria della regolamentazione convenzionale». Le ordinanze n. 248/2013 e n. 77/2014 della Corte Costituzionale. .....291

3.4.5. Buona fede in contrahendo e nullità. Il senso e la portata applicativa dell'art. 33 Cod. cons., dell'abuso di dipendenza economica di cui alla l. 192 del 1998 e della nullità ivi prevista. .....303

3.4.6. Considerazioni conclusive sul rapporto fra buona fede e invalidità. .....317

CONCLUSIONI .....319

BIBLIOGRAFIA .....322

## INTRODUZIONE

Il tema della giustizia del contratto, capace di innescare un dibattito mai realmente sopito, pare essere tornato negli ultimi tempi al centro dell'attenzione della dottrina. Ad essere posti sempre più di frequente in discussione sono, principalmente, due postulati sui quali è eretta la disciplina del contratto in generale: il principio di eguaglianza formale dei contraenti, il quale imporrebbe di considerare i medesimi alla stregua di soggetti dotati di pari forza contrattuale e perciò capaci, entrambi, di concorrere alla formazione dell'assetto d'interessi per essi vincolante; ed il principio dell'irrilevanza dello squilibrio contrattuale, dovendosi respingere l'idea che il medesimo possa assurgere, in sé preso, a requisito di validità del contratto[1].

Due principi, questi, legati da una stretta consequenzialità e corollario più evidente di una concezione dell'autonomia contrattuale intesa quale situazione di libertà: alle parti è riconosciuta la libertà di determinare l'articolazione del vincolo negoziale sulla base del presupposto che ciascuna possa adoperarsi nel farlo nel modo che giudica per sé più conveniente. Così che, poi, nessuno, assumendo un angolo visuale esterno alla negoziazione, potrà sovrapporre a tale valutazione un giudizio diverso, ancorandolo a parametri oggettivi e fissi, quali sono quelli richiamati dai concetti di squilibrio o sproporzione.

È, questa, una visione del contratto che, si afferma da più parti, apparterrebbe al passato. Il contratto non è più visto, s'intende, come strumento di libertà, come mezzo per il tramite del quale le parti avrebbero l'opportunità di darsi un ordinamento[2], ma si prende atto di come esso sia in grado di assurgere, piuttosto, a strumento di prevaricazione: del più forte sul più debole.

Mettere in discussione il principio di parità formale, poi, getta scetticismo sul valore recitato dall'accordo nella costruzione del regolamento contrattuale, ed innesca l'idea che una valutazione di giustizia del contratto possa appoggiarsi su un giudizio incentrato sul suo contenuto, e su una più o meno marcata iniquità espressa da quest'ultimo. Iniquità che si manifesterebbe - come detto - sotto forma di

[1] Al tema è dedicata la Sez. II del Capitolo I.

[2] Si mutua, chiaramente, da SAL. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati (Appunti)*, Milano, 1955, p. 288 ss.

squilibrio, e da eliminare per il tramite di rimedi caducatori o manutentivi, al fine di ripristinare la parità violata.

Tutto ciò spiega, in sintesi, il perché sempre più spesso la giustizia contrattuale venga posta in contrapposizione all'autonomia privata, quasi che il perseguimento della prima debba tradursi nel disconoscere la seconda, ed imponga, di più, di reputare superati larghi segmenti della disciplina positiva consegnataci dal Codice del '42, fondati, va da sé, sul "vecchio" paradigma della parità formale[3].

Tutte le istanze di tutela che si raccolgono attorno alla formula che fa riferimento alla giustizia contrattuale sembrano trovare la loro espressione più definita nelle «fonti persuasive», ed in particolare nei progetti di codificazione europea. A destare l'attenzione, qui, è la disciplina dell'*unfair exploitation*[4].

In questa, difatti, l'abuso della debolezza di un contraente - capace di esprimersi in un novero ampio di stati di minorità - che l'arta parte perpetri, nonché l'«ingusto profitto o il vantaggio iniquo» che questi ritragga dal contratto, sono fatti assurgere ad elementi costitutivi di una fattispecie capace di innescare, alternativamente, un rimedio invalidatorio - l'annullamento - o una modifica dell'assetto d'interessi divisato dai contraenti per opera del giudice.

Pare sancita, così, la generale rilevanza della disparità di forza contrattuale, la generale rilevanza dello squilibrio contrattuale, e viene fondato un generale potere d'intervento del giudice sul vincolo contrattuale.

L'interrogativo che così sorge, e che ci si propone di affrontare, è relativo agli strumenti che, nel nostro ordinamento, consentirebbero di muoversi nella direzione indicata dai progetti di codificazione europea, nel senso di una maggiore protezione per la parte debole del rapporto contrattuale.

Per avvicinarsi alla soluzione pare necessario sciogliere alcuni interrogativi preliminari. Ci si deve chiedere, segnatamente, se quello delineato dall'*unfair exploitation* sia un modello di giustizia del contratto procedurale oppure sostanziale. Se essa, cioè, implichi che il contratto giusto sia da intendere ancora come quello formatosi in esito ad un corretto procedimento formativo, scevro, cioè,

[3] Su questi temi si v., variamente, il Capitolo II, e per quanto attiene, in questa prospettiva, al ruolo svolto dalla buona fede, i paragrafi 3.4.1 e 3.4.2.

[4] Alla disamina puntuale della figura è dedicata la Sez. I del Cap. I.

da abusi e scorrettezze, oppure se risulti oramai acclarato che a dover passare in primo piano sia direttamente il merito dell'assetto d'interessi delineato dal contratto, potendo una valutazione di giustizia basarsi solo su di esso, a prescindere dalle circostanze del negoziato[5].

Questa seconda prospettiva, conviene anticipare, non verrà accolta, essendo invece da preservare una concezione del contratto che faccia ancora perno sul valore dell'accordo, e dunque su una visione che non intenda rinnegare il ruolo dell'autonomia privata.

Persuade, in questa direzione, la collocazione sistematica dell'*unfair exploitation* nell'ambito dei vizi del volere, e persuade, nella medesima direzione, l'analisi comparatistica. Una scorsa alle fonti che hanno ispirato la redazione dell'*unfair exploitation* (e primeggia, in tal senso, il § 138 del BGB) o che da questa sono state ispirate, porta a confermare l'irrilevanza in sé dello squilibrio contrattuale, confermando l'ottica procedurale entro la quale guardare i fenomeni che si stanno esaminando.

Il mezzo per il perseguimento della giustizia del contratto, dunque, viene individuato, più nello specifico, nella repressione degli abusi che possano occorrere nella fase formativa del vincolo contrattuale, e che si sostanzino nella prevaricazione e nell'approfittamento della parte più forte su quella più debole.

Ci chiede, allora, come e se il nostro ordinamento regoli i casi di abuso che l'*unfair exploitation* emenda: abuso di una altrui condizione di debolezza dell'intendere: per ignoranza, inesperienza, imprevidenza o mancanza di abilità a trattare o fiducia; o abuso di una altrui condizione di debolezza del volere: per dipendenza, bisogni urgenti o difficoltà economiche.

Si dovrà valutare, cioè, se sia poi vero che tali situazioni siano completamente trascurate dal legislatore o se, piuttosto, una loro considerazione non possa venire in rilievo per il tramite dei tradizionali vizi del volere, specie ove dei medesimi - cogliendo peraltro gli spunti di un consistente indirizzo dottrinale - si intenda fornire un'interpretazione estensiva o evolutiva[6].

[5] Si v. le considerazioni svolte nei paragrafi 1.1.3, ed anche 3.4.4.

[6] A ciò è dedicata l'intera Sez. I del Capitolo II:

E, più ancora, dovrà notarsi come il nostro codice regola il negozio concluso tramite approfittamento dell'altrui stato di pericolo e di bisogno - sebbene attraverso un istituto misterioso, qual è la rescissione - così come regola pure l'ipotesi del contratto concluso dall'incapace naturale. Figure, queste, di cui non paiono ancora delimitati esattamente i confini, specie tenendo conto dell'influsso esercitato, sull'una e sull'altra, delle norme imperative penali atte a reprimere usura e circonvenzione d'incapace[7].

L'obiettivo, insomma, è quello di delineare i confini delle invalidità o delle azioni d'impugnativa, dipendenti da abusi e approfittamenti occorsi nella fase formativa del contratto. Ciò al fine di confrontare queste figure e la loro estensione con il novero di situazioni tutelate dall'*unfair expoitation*, onde comprendere se, in effetti, nel nostro ordinamento davvero si diano ipotesi di ingiustizia contrattuale, per le quali un rimedio sarebbe carente.

Esaminare i vizi invalidanti - latamente intesi - versati in regole di fattispecie, non può però rivelarsi sufficiente. Assumono, difatti, un ruolo sempre più pregnante nelle riflessioni della dottrina, oltre che nella prassi, le clausole generali.

Alla luce dei temi che sono stati fatti oggetto della ricerca, chiaro è che a venire in primo piano è, anzitutto, la buona fede oggettiva e, segnatamente, la regola versata nell'art. 1337 c.c.

La norma, imponendo alle parti di comportarsi secondo buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto, parrebbe in grado di assurgere a previsione in grado di reprimere ogni abuso occorso nella fase formativa del vincolo contrattuale, presentando contorni quasi ancor più ampi e generici rispetto a quelli posseduti dall'*unfair exploitation*[8].

Se non che, ancora dibattuti, in dottrina, sono i temi relativi al reale perimetro applicativo dell'art. 1337 c.c., e alle conseguenze scaturenti dalla sua violazione[9].

---

[7] Si fa rinvio, sul punto a quanto si esporrà nei paragrafi 2.2.4 e 2.2.9. della Sez. II del Capitolo II.

[8] Sul rapporto fra l'art. 1337 c.c. e l'*unfair exploitation* si v., in generale la Sez. II del Capitolo III.

[9] A ciò è dedicato, sostanzialmente, l'intero Capitolo III, ma in particolare si vedano i paragrafi 3.1.8, 3.2.4 e 3.4.1.

La tesi dei vizi incompleti del contratto, anche nella variante giurisprudenziale della c.d. responsabilità da contratto valido ma sconveniente, sembra aver persuaso buona parte degli studiosi. Ma, da un lato, la lettura tradizionale che nega l'operare della responsabilità risarcitoria in casi di conclusione di un contratto rispettoso delle regole di fattispecie disciplinanti i vizi del volere non pare del tutto accantonata. Dall'altro lato, poi, si fanno sempre più frequenti le voci di chi reputa che, alla luce dell'art. 1337 c.c., a dover subire dei mutamenti e delle evoluzioni siano, principalmente, le regole di validità.

Da alcuni si afferma, difatti, come la buona fede *in contrahnedo* dovrebbe guidare una lettura evolutiva dei tradizionali vizi del consenso, fino al punto di ipotizzare forme non edittali di invalidità contrattuale[10]. Da parte di altri, invece, si teorizzano forme di nullità altrettanto inedite, dipendenti dalla violazione della buona fede oggettiva, ma operanti a fronte della lesione di valori di rilievo preminente, quali la tutela del mercato, della persona umana, o, finanche, della solidarietà costituzionale. Così che, in definitiva, il perseguimento della giustizia del contratto e delle istanze ad essa sottese, si avvarrebbe della *Sittenwidrigkeit,* ma in assenza di una previsione affine a quella contenuta, nell'ordinamento tedesco, al § 138 BGB[11].

Prendere posizione, nel contesto di questo complesso dibattitto, non sembra, dunque, eludibile.

I mezzi per la repressione dell'abuso dell'altrui debolezza nella formazione del contratto, come si vede, nel nostro ordinamento, non sono contenuti in una sola norma dal contenuto e dalla portata generale, qual è quella che reca la disciplina dell'*unfair exploitation*. Sono dispersi, invece, in istituti diversi - dei quali vanno colti e fissati i margini applicativi - e che prevedono rimedi variegati, non sempre invalidatori.

Va compreso, in definitiva, quante e quali ipotesi di ingiustizia contrattuale il nostro ordinamento presenti realmente, e se davvero sia necessario cercare di perseguire la giustizia del contratto a mezzo delle regole di validità, non potendo,

[10] Questa, com'è noto, è la tesi sostenuta da SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, *passim,* ma v. il par. 3.4.1.

[11] Sul punto si fa rinvio ai paragrafi 1.2.1, 2.2.10 e 3.4.4.

piuttosto, ipotizzarsi che nel nostro ordinamento non sia vigente - alla luce dell'art. 1337 c.c. - l'equazione fra contratto giusto e contratto valido[12].

[12] Si v., a tal proposito, quanto si esporrà al paragrafo 3.2.4.

# CAPITOLO I

## L'*UNFAIR EXPLOITATION* TRA GIUSTIZIA CONTRATTUALE SOSTANZIALE E PROCEDURALE

SOMMARIO: SEZ. 1) L'*UNFAIR EXPLOITATION* NEI SISTEMI DI *SOFT LAW*. - 1.1.1. - L'*unfair exploitation* quale istituto di *soft law*. Le previsioni dei Principi Unidroit, dei Principi di diritto europeo dei contratti, del DCFR e della CESL. - 1.1.2. - Considerazioni generali sull'*unfair exploitation*. - 1.1.3 - *Unfair exploitation* e c.d. giustizia contrattuale sostanziale. Critica della tesi che interpreta l'ingiusto profitto o il vantaggio iniquo come sinonimi di "sproporzione tra le prestazioni", configurando così un 'autonomia privata piegata alla logica del mercato. - 1.1.4. - L'*Unfair exploitation* e la c.d. giustizia contrattuale procedurale. La giustizia del contratto riposa nella legalità del procedimento formativo della regola privata. - SEZ. II. *UNFAIR EXPLOITATION* E DIRITTO POSITIVO. - 1.2.1. - L'*unfair exploitation* nel diritto continentale. Il contratto contrario ai buoni costumi nel paragrafo §138 del BGB. L'abuso di dipendenza nel novellato diritto delle obbligazioni e dei contratti del *Code civil*. L'abuso delle circostanze nel Codice civile olandese. - 1.2.2. - L'area di *common law*. L'*undue influence* nella giurisprudenza di *equity*, ed i dubbi sull'esistenza di un generale principio di rilevanza dell'*inequality of bargaining power* e dell'*unconscionable bargain*. La dottrina dell'*uncouscionability* nel diritto nordamericano.

### SEZ. 1) L'UNFAIR EXPLOITATION NEI SISTEMI DI SOFT LAW

#### 1.1.1. L'*unfair exploitation* quale istituto di *soft law*. Le previsioni dei Principi Unidroit, dei Principi di diritto europeo dei contratti, del DCFR e della CESL.

I più rilevanti progetti di codificazione europea succedutisi nel corso degli anni[13], hanno sempre contenuto la previsione, nell'ambito dei vizi del consenso ed

[13] Per una panoramica generale sul c.d. diritto europeo dei contratti e sull'idea di codificazione nel diritto europeo si veda fra tanti: CASTRONOMO E MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano, 2007, p. 3 ss. e p. 171 ss.; S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2002, p. 365 ss.; ID., *The optional European code on the basis of the acquis communautairestarting points and trends*, in *European law journal*, VI, November 2004, 698 ss. (edito anche in versione italiana: *Il codice europeo opzionale. Fondamenti di una codificazione progressiva sulla base dell'*acquis communautaire, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, I, Milano, 2006); O. LANDO, *Can Europe build unity of civil law whilst respecting*

in coda alle tradizionali figure del dolo dell'errore e della violenza, di un quarto vizio. Ciò vale in primo luogo per i Principi di diritto europeo dei contratti[14], che lo denominano con la locuzione di *Ingiusto profitto o vantaggio iniquo* (*Excessive benefit or unfair advantage*, nella versione inglese) ma anche per *Draft common frame of reference*[15], che ha adottato l'espressione, più felice[16], di *unfair exploitation* (iniquo sfruttamento, nei testi italiani), denominazione poi utilizzata anche nella proposta di *Common european sales law*[17].

*diversity?*, in *Eur. Dir. Priv*., I, 2006, 1 ss.; C. CASTRONOVO*, I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm*., 1995, p. 23 ss.

[14] Com'è noto i *Principi di diritto europeo dei contratti* (che saranno in seguito definiti usando l'acronimo PDEC) sono il risultato del lavoro della *Commission on European Contract Law*, guidata dal Prof. Oleg Lando, che a ciò si è dedicata a partire dal 1982. Trattasi di un progetto di codificazione di fonte accademica, e che pertanto va annoverato e considerato alla stregua di un, seppur importante, contributo dottrinale. I PDEC risultano pubblicati parzialmente nel 1995 nella prima parte, nel 1999 nella seconda, ed infine la terza parte è stata conclusa nel 2003. Sul processo di elaborazione e sul contenuto dei PDEC si veda CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001, XIII ss.; al volume di farà riferimento lì dove si citeranno le previsioni dei PDEC ed il relativo commento ad opera dei redattori; si v. anche ALPA, I Principles of european contract law *predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2000, 498 ss.

[15] Il progetto del Codice civile europeo risulta avviato a partire dal luglio 2001 con *Communication on European Contract La*w [COM (2001) 398] emanata dalla commissione europea, di cui il *Draft common frame of reference* (DCFR) costituisce l'esito. Trattasi, ancora una volta, di un testo normativo non vincolante e che dunque è considerabile alla stregua di un'opera dottrinale. Chi volesse conoscere le fasi che hanno contraddistinto l'elaborazione del DCFR v. tra molti: H. BEALE, *European contract law: the Common Frame of Reference and beyond*, in C. TWIG E G-FLESNER (a cura di), *The Cambridge companion to European Union Private Law*, Cambridge, 2010, p. 117 ss.; G. ALPA-G. CONTE, *Riflessioni sul progetto* di Common Frame of Reference *e sulla revisione dell'*Acquis Communautaire, in *Riv. dir. civ*., II, 2008, p. 140 ss. Lì dove si citeranno gli articoli del DCFR, nonché l'introduzione al testo normativo e le note di commento, si farà riferimento al volume *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, 2010, curata dai Professori VON BAR e CLIVE, nella versione on line reperibile all'indirizzo http://storme.be/european-private-law_en.pdf.

[16] Tale valutazione è basata sulla considerazione per cui, come si cercherà di dimostrare in seguito, le discipline in parola, non tradendo la loro collocazione sistematica, vedano il proprio fulcro non tanto sull'iniquità dell'assetto d'interessi che esita dalla contrattazione, quanto piuttosto sulla condizione soggettiva e le condotte dei contraenti nelle conclusione del contratto.

[17] Ci si riferisce alla *European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law* (CESL) dell'11 ottobre 2011, COM (2011) 635 def. Dopo un ampio dibattito, la proposta non si è tradotta in un testo normativo, ed è stata sostituita dal progetto, più modesto, di *Digital Single Market*. Il testo della proposta è consultabile nel sito web eur-lex.europa.eu; sul tema, in generale si v. E. FERRANTE, *Diritto privato europeo e "Common European Sales Law" (CESL). Aurora o crepuscolo del codice europeo dei contratti?*, in *Contr. e Impresa, Europa*, I, 2012, 461 ss.; D'AMICO (a cura di), *Il Diritto comune europeo della vendita*, in *Contratti*, 7/2012, 611 ss.

Anche i Pricipi Unidroit[18], ai quali pure si dedicherà qualche cenno, contengono, nella medesima collocazione sistematica, e, più in particolare, all'art. 3.2.7., una previsione affine disciplinata sotto la rubrica *Gross disparity* (eccessivo squilibrio). Affine, si è detto, in quanto sussistono non marginali differenze con le fattispecie dell' *Ingiusto profitto o vantaggio iniquo* e dell'*unfair exploitaion* dianzi citate e sulle quali, in modo privilegiato, si rifletterà nel prosieguo della trattazione.

Il fatto che tutti gli istituti sopra menzionati, giova premettere, siano disciplinati in dei sistemi *soft law*, potrebbe far sorgere il dubbio che una loro analisi si risolva in poco più che un esercizio di stile, non in grado di produrre risultati operativamente utili, per lo meno, a meglio comprendere il vigente diritto positivo.

Ma si tratterebbe, in realtà, di un'affermazione ingenerosa e fallace.

Basti a tal riguardo considerare che i sistemi di *soft law* presi in considerazione non sono esito di prese di posizione isolate od estemporanee, essendo il frutto, piuttosto, dell'opera attenta e meditata di autorevoli rappresentanti della dottrina, che hanno inteso raccogliere e uniformare, in un unico contesto, la tradizione giuridica di diversi stati nazionali (tanto di *civil law*, quanto di *common law*)[19]. Ciò, senz'altro, non significa che tali sistemi normativi siano privi di innovazioni, limitandosi ad un'opera di mera compilazione e recepimento (almeno) del minimo comun denominatore dei vari ordinamenti[20]; quel che si intende è piuttosto che le previsioni ivi contenute, non possono ritenersi del tutto estranee od

[18] Trattasi dei Principi elaborati dall'*International Institute for the Unification of Private Law* pubblicati a partire dal 1994, e che possono essere a loro volta considerati come una sorta di tentativo di codificazione nell'ambito della transazioni internazionali. Anche i Principi Unidroit non costituiscono in senso proprio fonti del diritto, appartenendo all'ambito della c.d. *soft law*. Sul tema si v. per ulteriori indicazioni: M.J. BONELL, *I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali*, in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, AA.VV., a cura di BONELL e BONELLI, Milano, 1997, pag. 16 ss; VOLPE F., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross Disparity),* in *Riv. dir. priv*., 1999.

[19] Si v. in particolare, riguardo ai PDEC, quanto nota CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa,* cit.,p. XIII-XVI, per il quale l'obiettivo dei Principi sarebbe quello di ‹‹fare il punto rispetto agli ordinamenti degli Stati Membri…[con] una disciplina comune ai cittadini europei, equidistante da ciascuna delle parti di un contratto, quale che sia il loro ordinamento d'origine››;

[20] cfr. ancora, CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa,* cit., p. XV: ‹‹la gran parte delle norme non è altro che diritto classico dei contratti, ma vi sono divisioni ed allontanamenti››.

incompatibili anche col nostro diritto positivo, e, pertanto, non sarebbe giustificato un atteggiamento di disinteresse nei confronti degli stessi[21].

Ciò vale tanto più, è da ritenere, per l'*unfair exploitation*. Come subito si vedrà, difatti, questa previsione sembra soddisfare quelle che sono sentite come due tra le più urgenti ed attuali esigenze del moderno diritto privato[22]. Ci si riferisce, in primo luogo, alla tutela della parte c.d. debole[23] del rapporto contrattuale: di quel contraente, s'intende, che si trovi ad essere per le più varie ragioni, contingenti o strutturali[24], in una condizione tale da non poter appieno determinare l'assetto d'interessi a cui si vincola. Dall'altro lato, poi, la disciplina in parola (come ben emerge dal lemma *Ingiusto profitto o vantaggio iniquo*) parrebbe restituire l'immagine di un contratto valido se ed in quanto equo, in ossequio al principio,

[21] Lo dimostra, del resto, il gran numero di contributi che la dottrina dedica al tema, e l'ampia rilevanza sistematica assegnata proprio a quelle previsioni. Per tutti, SACCO, da ultimo in Sacco e De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, *passim*, che utilizza la assai efficacie espressione "fonti persuasive", a segnalare come i sistemi in parola dovrebbero influenzare sia i legislatori nella produzione del nuovo diritto, che, ed è ciò che più conta, la dottrina nell'interpretazione di quello vigente.

[22] La disciplina dell'*Unfair exploitation* potrebbe costituire il fulcro di un nuovo diritto dei contratti, a dire di NAVARRETTA, *Il contratto democratico e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 1284 ss.; non diverse valutazioni esprime pure SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., p. 457 ss.

[23] Al riguardo, la sintesi contenuta in ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, II, Istituti*, Milano, 2011, p. 6 ss. Sul concetto di "parte debole" si vedano, per tutti, le puntuali riflessioni di CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv*., IV, 2008, 831 ss., ed in particolare gli interi paragrafi 2 e 10, ove si svolgono considerazioni critiche sulla reale consistenza dogmatica della figura.

[24] La distinzione tra squilibri macroeconomici e microeconomici, perché derivanti da una condizione di debolezza strutturale (quale può essere quella del lavoratore subordinato, del consumatore o del conduttore) o contingente (quale è quella causata, ad es. dalla presenza di un vizio del consenso) è esaminata in particolare da MELI, *La tutela della parte debole nel diritto contrattuale inglese*. *Le* Doctrines *della* Undue Influence *e della* Unconscionability*,* Padova, 2005, p. 3. Sul punto v. pure NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto*, in *Riv. dir. civ*., 2006, p. 418, ove si precisa come la condizione di debolezza macroeconomica sia presa in considerazione dal legislatore non solo al fine di proteggere i soggetti resi deboli dalla struttura del mercato, ma anche al fine di correggere il funzionamento di quest'ultimo; finalità, questa, che non si prefiggerebbe il legislatore dettando regole a tutela dei soggetti occasionalmente deboli. Ai fini che qui interessano si vedano in particolare le pp. 422 ss., ove l'art. 4:109 dei PDEC e preso in considerazione assieme ad altre norme tra cui il §138 BGB, proprio per sottolineare come si tratterebbe di previsioni in grado di superare la contrapposizione innanzi menzionata, e selezionare in via generale le asimmetrie giuridicamente rilevanti.

sempre più emergente, di proporzionalità ed equilibrio nelle contrattazioni[25]. Ma tutto ciò in un contesto in cui il valore dell'autonomia privata è fatto salvo, e riesce a conciliarsi con quello, a torto spesso ritenuto di questo necessariamente antagonista, della c.d. giustizia contrattuale[26].

É ciò che giustifica, si può ben ritenere, l'interesse per l'*unfair exploitation,* che sarà ora esaminato più da vicino, prendendo le mosse dall'art. II - 7:207 del DCFR - il quale contiene una previsione del tutto sovrapponibile rispetto a quella dell'art. 4:109 dei PDEC[27] - collocato nella parte che detta la disciplina generale sui fondamenti dell'invalidità del contratto, da declinarsi, più nello specifico, nella forma dell'annullabilità[28].

Queste previsioni dispongono, al primo comma, che una parte possa far valere l'invalidità (*avoid*) del contratto, al ricorrere, *al momento della sua conclusione*, di due gruppi di presupposti. Il primo consiste in una situazione di debolezza del contraente che impugna il contratto, e più in particolare, l'articolo in commento richiede che*: «a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lackingin bargaining skill».* Unitamente a tale circostanza è poi necessario (ai fini, s'intende, dell'accesso ai rimedi previsti dalla previsione in parola) che: «*b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the*

[25] Sul c.d. principio di proporzionalità ci si soffermerà in seguito, basti per ora il richiamo all'opera di maggiore rilievo sul punto, che si deve a P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, *Rass. Dir. Civ.*, 2001, 334 ss.

[26] Sul punto la bibliografia è, invero, vastissima. A parte le indicazioni contenute alla nota 61, si indicano, specialmente, sul tema intercorrente tra autonomia privata e giustizia contrattuale: CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa e dir. priv*., III, 2017, 764 ss., CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale,* cit., p. 831 ss.; SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e dir. priv*., II, 2007, 325 ss.; VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv*., n. 1/2000, p. 21 ss.

[27] Nel prosieguo del discorso si prenderà a riferimento l'art. II - 7:207 del DCFR, ma va ribadito che quanto si dire per l'uno varrà pure in riferimento all'altro, com'è confermato del resto pure dalle note di commento ad entrambe i progetti normativi.

[28] Va ribadito, in particolare, che i PDEC adottano soltanto l'annullabilità quale generale figura di invalidità, diversamente dal DCFR che conosce, invece, pure la nullità. In entrambe, comunque, si prevede che l'annullamento del contratto possa essere anche soltanto parziale, e debba avvenire di regola in via stragiudiziale, tramite comunicazione della parte che intenda avvalersene. Si vedano, rispettivamente, gli artt. 4:116 4:112 dei PDEC , e gli artt. 7:213 e 7:209 del DCFR.

*contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage».* È necessario, vale a dire, che l'altra parte di tale debolezza fosse, o avrebbe potuto essere a conoscenza, e che, proprio in ragione di tale debolezza, date le circostanze e lo scopo del contratto, da questo abbia potuto trarre un ingiusto profitto od un vantaggio grandemente iniquo.

Sì che, in sintesi, i costituenti dell'*unfair exploitation* risultano essere: un'asimmetria del potere contrattuale dovuta ad una condizione di minorazione di un contraente rispetto all'altro; la conoscenza[29] da parte di quest'ultimo di tale stato del proprio *partner* contrattuale ed il conseguente approfittamento dello stesso; l'iniquità dell'assetto d'interessi che di tutto ciò è esito[30].

Tutte le circostanze indicate, stando almeno ad un'interpretazione letterale della norma in commento, fungono da elementi costitutivi della fattispecie dell'*unfair exploitation*, essendo tutte parimenti necessarie ai fini della sua sussistenza (e, di conseguenza, ai fini dell'attivazione del rimedio dell'annullamento - totale o parziale[31] - del contratto)[32].

Il che segna, ed è un dato di tutta evidenza, la distanza con il modello delineato dai principi Unidroit[33]. In questi, infatti, la fattispecie della *Gross*

[29] Come si vede, tra l'altro, alla conoscenza dell'altrui stato di debolezza, è equiparata la (ragionevole) conoscibilità dello stesso, così che la norma non richiede, per restare fedeli al dato positivo, che il termine *exploitation* vada inteso come sinonimo di deliberata intenzione di nuocere. Con quest'avvertenza andrà peraltro inteso pure il termine "approfittamento" utilizzato *supra*.

[30] Per una ricostruzione sintetica delle componenti dell'*unfair exploitaion*, si v. PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel* Draft common frame of reference *e nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ*., VI, 2009, p. 673.

[31] Si ricordi, infatti, che a differenza di quanto prevede il nostro ordinamento, l'annullamento nel DCFR e nei PDEC è anche parziale. Si rinvia a tal proposito alle indicazioni fornite in nota 28.

[32] La considerazione, in sé piuttosto banale, occorrerà nel prosieguo del discorso per misurare la tenuta delle interpretazioni che, invece, individuano nella norma in discorso una sorta di precipitato di un generale principio di proporzionalità ed equilibrio (normativo od economico) nelle contrattazioni. In una prospettiva analoga a quella che qui si assumerà, v. invece, PERFETTI, *La giustizia contrattuale,* cit., p. 685, lì dove si sottolinea come, allora, la giustizia sostanziale del contratto, (i.e. la giustizia del concreto assetto d'interessi divisato dai contraenti), non rappresenta un valore in sé.

[33] Si riporta qui l'art. in discorso: «Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori: (a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e (b) la natura e lo scopo del contratto. (2) Su richiesta

*disparity*, contenuta all'art. 3.2.7. prevede che il contratto o singole clausole dello stesso possano essere annullati per il solo fatto di attribuire al momento della sua conclusione «ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo». La norma, poi, da rilievo all'asimmetria del potere contrattuale - dettata da una condizione di minorazione riconducibile grossomodo agli stessi gruppi di ipotesi previsti dall'art. II- 7:207 DCFR -, ma soltanto al fine di chiarire che di questa si potrà tener conto, tra gli altri fattori (tra cui per espressa previsione rientrano anche natura e scopo del contratto), al fine di valutare la sussistenza del vantaggio eccessivo (ed in special modo, poi, è da ritenere, di una sua possibile giustificazione)[34].

La previsione del DCFR e dei PDEC torna invece ad allinearsi rispetto ad i principi Unidroit nei due commi successivi, presenti con formulazioni pressoché identiche in tutte e tre le previsioni summenzionate. L'art. II - 7:207 DCFR così dispone: ‹‹*(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party*

della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio. (3) Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento. Le disposizioni di cui all'articolo 3.2.10(2) si applicano con le opportune modifiche». La distinzione intercorrente fra questa previsione e quelle dei PDEC e del DCFR a cui si è fatto riferimento appare abbastanza palese, e tuttavia spesso la distanza non viene segnalata da parte della dottrina. Si v., invece, a questo proposito, le puntuali considerazioni di HESSELINK, Unconscionability, Unfair Exploitation and the Nature of Contract Theory - Comments on Melvin Eisenberg's 'Foundational Principles of Contract Law' (January 31, 2013). Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2013-03; Amsterdam Law School Research Paper No. 2013-07, p. 4.

[34]A ben vedere, infatti, andrebbe dato il giusto perso all'avverbio ingiustificatamente, il quale potrebbe essere un indice utile a sostenere come nemmeno questa previsione riconnetta una forma di invalidità ad un mero squilibrio contrattuale, ma inviti alla ricerca di un qualche fattore che un tale squilibrio renda non giustificato. Anche tale interpretazione, peraltro, non fa risultare meno centrale, nella norma in discorso, proprio una valutazione del contenuto del contratto, sì che la sua collocazione nell'ambito dei vizi del consenso risulta comunque singolare. Va soggiunto pure come un tale avverbio non sia stato adottato dal DCFR e dai PDEC, che hanno preferito abbinare alla figura del vantaggio eccessivo, quella dell'*ingiusto* profitto, ma creando, così, una previsione non poco ridondante.

*informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it››.*[35]

Come si vede vengono previsti dei rimedi manutentivi, alternativi alla demolizione del contratto. In particolare, è concesso alla parte legittimata all'annullamento richiedere (in via giudiziale) che il contratto sia modificato. La modifica potrà essere concessa lì dove il giudicante la ritenga appropriata, ed in questo caso ci si dovrà affidare, nell'opera di rimodellamento dell'assetto d'interessi divisato da contraenti, alle clausole generali di correttezza e buona fede (o, nei principi Unidroit, ai criteri di ordinaria correttezza nel commercio). Alle stesse condizioni, il contratto potrà essere modificato, sempre giudizialmente, pure a richiesta della parte a cui sia giunta notizia dell'annullamento[36], ove questa abbia preventivamente di ciò avvisato l'altro contraente e questi non abbia già agito facendo affidamento sulla ormai avvenuta caducazione del vincolo.

Ciò detto, è opportuno, infine, dar conto della previsione contenuta all'art. 51 del CESL, sebbene la proposta di regolamento in questione sia come detto oramai del tutto naufragata. La norma riveste, nondimeno, una certa importanza valendo a dimostrare che le fonti di *soft law* sopra esaminate, hanno, in effetti, la capacità di influenzare il legislatore (in tal caso comunitario) nell'elaborazione dei testi normativi[37]. E che l'art. 51 CESL derivi proprio dalla previsione dell'art. II - 7:207 DCFR è evidente sol che lo si legga: ‹‹*A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) that party was dependent on, or had a relationship of trust with, the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, or inexperienced; and (b) the other party knew or could be expected to have known this and, in the light of the circumstances and*

[35] La somiglianza con la previsione dei commi 2° e 3° dell'art. 3.2.7. dei Principi Unidroit è evidente, lo si legga alla nota 33.

[36] Si ricorda ancora come l'annullamento, in tutte le previsioni di *soft law* prese qui in considerazione, si faccia valere di regola in via stragiudiziale. A tal proposito si v. la nota 28.

[37] Ed i progetti di *soft law* qui considerati, precisamente aspiravano ad essere una possibile fonte di ispirazione per gli ordinamenti di diritto positivo, oltre che per la dottrina, si v. a tal proposito ad es. quanto contenuto nell'Introduzione al DCFR, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR),* p. 9, allo stesso modo, anche i PDEC, erano candidati a «prova d'autore» per il nuovo diritto positivo (l'affermazione è di CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa,* cit., p. XIII).

*purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or unfair advantage››.*

Va segnalato che rispetto alla previsione del DCFR, l'art. 51 non riproduce più, tra le condizioni di debolezza elencate alla lettera a) la mancanza di abilità a trattare (*laking of bergaining skill*), e di converso non richiede più che il vantaggio conseguito dall'altro contraente sia *grossly unfair*[38]. Di là da queste pur non marginali differenze merita in special modo di essere evidenziato il fatto che non si siano, stavolta, affiancati dei rimedi manutentivi a quello dell'annullamento (anche parziale) del contratto. Non sono state riprodotte, infatti, le previsioni contenute ai commi 2° e 3° delle previsioni del DCFR, dei PDEC e dei principi Unidroit.

Dato conto sommariamente della disciplina della fattispecie di *unfair explotation* nei sistemi di *soft law* sopra indicati, si potrà procedere ad esaminare problemi che, specie all'interprete italiano, queste norme possono porre, ribadendo che, anche in ragione delle diversità segnalate rispetto all'art. 3.2.7. dei principi Unidroit, ci si focalizzerà più che altro sulle previsioni dei PDEC, del DRAFT e della CESL.

Il nodo che bisognerà sciogliere pare, anzitutto, relativo alla collocazione sistematica della stessa nell'ambito dei vizi del consenso. Ci si chiede, più in particolare, se una norma come quella sopra descritta sia effettivamente posta a presidio delle genuina formazione della volontà contrattuale, oppure se in verità essa si presti a tutelare altri valori, ed in particolare se essa consenta un generalizzato controllo non tanto nel processo di formazione della regola privata, quanto piuttosto nel merito della stessa, reprimendo (mercé la loro rimozione o modificazione) gli assetti di interessi che non distribuiscano equamente vantaggi e svantaggio dell'operazione negoziale su entrambe i contraenti. Detto in termini più semplici, ed adottando una terminologia che già è invalsa nella dottrina nazionale[39],

[38] Si vedano, a tale riguardo, ancora le osservazioni di HESSELINK, Unconscionability, Unfair Exploitation and the Nature of Contract Theory, cit., p. 3 ed ivi la nota 5.

[39] Al riguardo, ad es. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, in *Europa e dir. priv*., II, 2015, 233 ss., NAVARRETTA, *Il contratto democratico e la giustizia contrattuale*, cit., 1262 ss. i quali adottano l'espressione di giustizia sostanziale e procedurale, nell'ambito di un discorso, però, dove si moltiplicano i modelli di c.d. giustizia contrattuale, qui ridotti soltanto a due. Per ulteriori approfondimenti, dunque, si fa rinvio ai due contributi citati. Sul tema è peraltro

ci si chiederà se l'*unfair exploiation* valga a delineare un modello di giustizia contrattuale procedurale oppure sostanziale.

Preliminare a tutto ciò sarà, però, un'analisi più attenta della fattispecie dell'*unfair exploitation* e dei suoi componenti.

### 1.1.2. Considerazioni generali sull'*unfair exploitation*.

Va così notato, in primo luogo, come la previsione dell'*unfair exploitation*, lì dove prevista, sia intesa come norma di portata generale, applicabile, vale a dire, ed alla stregua degli altri vizi del consenso, ad ogni tipologia di contratto, oltre che anche agli altri atti giuridici (così testualmente prevede l'art. II - 7:101 comma 3°)[40]. Nel DCFR, la norma sull'iniquo sfruttamento è pure prevista, con alcune divaricazioni rispetto alla disciplina generale, per il contratto di donazione[41]. L'unica limitazione che essa sembra presentare, stando non tanto alla sua formulazione quanto piuttosto alle note di commento che corredano il DCFR, parrebbe essere relativa ai contratti aleatori, giacché si afferma come la relativa previsione non valga lì dove le parti si siano assunte il rischio negli esiti della loro negoziazione[42].

---

d'obbligo il rinvio ai contributi di DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv*., 2013, p. 797 ss.; D'ANGELO, *La buona fede*, nel *Trattato di diritto privato* (diretto da M. BESSONE), XIII, *Il contratto in generale*, IV, p. 155 ss. Va ricordato, comunque, come la distinzione sia tratta dalla dottrina dell'*uncounscionability,* che si distingue, appunto, in *procedural* e *substantive.* Il tema sarà esaminato al paragrafo1.2.2.

[40] Il commento precisa altresì come le norma in tema di iniquo sfruttamento possa essere applicata anche alle promesse unilaterali vincolanti senza accettazione: «rules on grounds of invalidity should be capable of applying to juridical acts other than contracts and, in particular to unilateral promises intended to be binding without acceptance. Such acts may be the result of mistake or fraud or threats or unfair exploitation», cfr., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 479.

[41] Prevede, difatti, l'art. IV.H.–2:104: Unfair exploitation. «*A donor, who was dependent on, or was the more vulnerable party in a relationship of trust with the donee, may avoid the contract under II.–7:207 (Unfair exploitation) unless the donee proves that the donee did not exploit the donor's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage».*

[42] Nel commento al DCFR, così come peraltro accadeva in relazione ai PDEC, si legge: «Relief should not be given when the apparent one-sidedness of the bargain is the result of a party gambling and losing. The contract was not unfair when it was made, even though it may have turned out badly for one party», *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 534. Non condivisibile è, dunque, l'opinione di PERFETTI, il quale, nell'esaminare le distinzioni tra *unfair exploitation* e rescissione afferma che «la disciplina dell'*unfair exploitation* si applica a tutti i contratti senza distinzione (art.7:101, lett. *c*),

Come già accennato, vari sono i presupposti necessari ad integrare la disciplina dell'iniquo sfruttamento, e quindi ad attivare i rimedi previsti.

Venendo ad una loro analisi più puntuale, si prenderà le mosse dal primo di tali coelementi, consistente nell'elenco delle condizioni di minorazione in cui si trova un contraente al cospetto dell'altro.

Le prime due condizioni di cui fa menzione la norma alla lett. a) sono individuate nella dipendenza e nella fiducia. Entrare implicano la ricorrenza di un rapporto tra le parti che *preesista* alla formazione del contratto, ed in ragione del quale una delle parti abbia riposto nell'altra un affidamento tale da determinare un abbassamento nella soglia di attenzione e diffidenza necessaria in ogni contrattazione[43]. La fiducia implica certamente una relazione tra soggetti che siano legati da un qualche vincolo che induca una parte a contare sulle qualità morali dell'altra. Non è detto, però, che si tratti di un vincolo di natura amicale o familiare, non prestandosi la norma a tali letture riduttive. Ci si potrebbe chiedere, invero, se la dipendenza a cui la norma si riferisce debba essere intesa come dipendenza nella soddisfazione delle proprie esigenze personali, magari anche della vita quotidiana, oppure se al termine possa essere assegnato il senso che si dà nel nostro ordinamento alla c.d. dipendenza economica[44] (i.e. la mancanza di alternative soddisfacenti sul mercato). Questa lettura, che non può ritenersi preclusa, avrebbe l'effetto di avvicinare queste ipotesi di *unfair exploitation* alla figura della c.d. violenza economica, che è peraltro, come si vedrà, figura di nuovo conio nel

---

mentre la disciplina italiana della rescissione esclude dal suo raggio operativo i contratti aleatori (art. 1448, comma 4 c.c.)», *La giustizia contrattuale*, cit., p. 684. Ovvio pare, nondimeno, che ove lo sfruttamento della condizione di debolezza si è tradotto precisamente nell'aver taciuto alla controparte il rischio che la stessa si assumeva negoziando, la disciplina in parola risulterà applicabile, pur essendo il contratto concluso dalle parti per sua natura aleatorio.

[43] Si v. a tal proposito quanto nota giustamente PERFETTI, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 673 s.: «dipendenza e fiducia vanno pertanto considerate per il loro significato assiologico per cui, lungi dal potersi interpretare restrittivamente, l'una e l'altra vanno assunte in senso relativo, sicché la condizione potrà dirsi integrata in tutti i casi in cui preesista una qualsiasi relazione negoziale che determini una dipendenza psicologica, o che faccia sorgere un affidamento sulle qualità *morali* dell'altra parte, tale da determinare un affievolimento della naturale *diffidenza* all'origine dell'accortezza necessaria nelle contrattazioni».

[44] Si vedano a tale proposito le puntuali osservazioni di ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir.civ.*, II, 2008, spec. p. 519 ss., ove sia pure dubitativamente si discorre della prossimità fra l'art. 9, commi 1° e 2° della l. 18 giugno 1998 n. 192 e l'art. 4:109 PDEC.

novellato *Code civil* francese[45]. Senz'altro, però alla dipendenza intesa come legame di natura personale, si riferisce la norma relativa alle donazioni (IV. H. – 2:104), la quale restringe le ipotesi di *unfair exploitation* ai soli casi in cui il donante si trovi in una condizione di vulnerabilità per via della dipendenza, appunto, o della fiducia che lo legava al donatario[46].

La lettera a) indica, poi, tra le condizioni di minorazione rilevanti ai fini della esistenza di un iniquo sfruttamento, la difficoltà economica e le urgenti necessità (*economic distress, urgent needs*). Trattasi di elementi con i quali l'interprete italiano dovrebbe avere maggiori affinità, essendo assimilabili senz'altro allo stato di bisogno ed allo stato di pericolo: a condizioni che perturbano la capacità decisionale del soggetto agendo dall'esterno[47], e capaci di innescare, ricorrendo altri presupposti, il rimedio rescissorio.

L'ultimo gruppo di circostanze prese in considerazione dal DCFR è costituito da fattori che si riferiscono, invece, ad uno stato soggettivo della parte debole, a sue caratteristiche personali, attinenti più che altro alla sfera intellettiva. Trattasi, cioè, di imprevidenza, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare. Tutte situazioni, queste, volendo, riconducibili ad una sorta di capacità debole, o di diminuirà capacità di intendere la portata dei propri atti[48]. Colpisce, in special modo, come addirittura la mancanza di abilità a trattare sia annoverata tra i fattori che assieme ad altri potrebbero addirittura condurre alla caducazione del contratto, non potendo stupire, dunque, che tale condizione non sia stata riprodotta

[45] Si rinvia sul punto a quanto si dirà nel paragrafo 1.2.1.

[46] Inequivoca sembra invero la previsione normativa, già citata in nota 41, e del resto avrebbe poco senso ipotizzare una diversa soluzione in relazione agli atti di liberalità.

[47] PERFETTI, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 674.

[48] PERFETTI, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 675, il quale afferma come in buona sostanza la previsione dell'*unfair rexploitation,* sul punto*,* sia compresa, nel nostro ordinamento, in quella fissata dall'art. 428 c.c. disciplinante il regime giuridico degli atti compiuti dall'incapace naturale. Ciò sul presupposto che la giurisprudenza abbia a tal punto ampliato le maglie del concetto di incapacità, da ricomprendervi qualsiasi stato di turbamento, che pur non dando luogo ad una vera e propria malattia, comunque impedisca al soggetto che ne è afflitto di comprendere il rapporto tra atto ed i suoi effetti. Sul punto si tornerà in seguito, anticipando, però, che la suesposta considerazione non sembra in realtà corretta, richiedendosi, pur sempre, da parte della giurisprudenza, la presenza di un qualche disordine psichico al fine di applicare la disciplina dell'incapacità naturale (cfr. ad es. Cassazione civile, sez. II, 30/05/2017, n. 13659). Senz'altro non si danno casi in cui la giurisprudenza ha esteso la norma dell'art. 428 c.c. a soggetti semplicemente inesperti o carenti di abilità a trattare. Sul concetto di incapacità debole, si v. invece MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 361 ss.

nel progetto di CESL, essendo effettivamente un fattore in grado di avere una portata applicativa piuttosto ampia e distruttiva rispetto alla certezza giuridica ed alla stabilità nelle negoziazioni[49].

Va notato, in generale, come tutti i fattori elencati dalla lett. a) siano per solito considerati come determinanti un'asimmetria, una disparità di potere contrattuale, dovuta a condizioni contingenti, o di fisiologia sociale. Con ciò intendendosi sottolineare che le ragioni dell'asimmetria non sono strutturali, quali sono quelle che designano ad es. le negoziazioni tra soggetti appartenenti a diverse "tipologie" di contraenti (in primo luogo ci si riferisce ai contratti fra professionista e consumatore)[50]. L'affermazione è da ritenere corretta, ciò non significando, peraltro, che l'*unfair exploitation* non possa applicarsi ad ogni tipologia di contratto, essendo, appunto norma di parte generale: potrebbe rivelarsi eccessivamente formalistico, dunque, distinguere nettamente squilibri strutturali e squilibri contingenti, se è vero che la presenza dei primi non vale ad escludere di per sé l'eventualità che anche i secondi si verifichino nello stesso contesto.

Da soggiungere, poi, è anche come le situazioni di turbamento del consenso sopra indicate non siano definibili propriamente come "vizi" della volontà. Ciò, per lo meno, ove si voglia assegnare al termine vizio il significato di una situazione di turbamento del consenso, cui la legge assegna autonoma rilevanza ai fini della invalidità del contratto. Va sottolineato, semmai ve ne fosse bisogno, che il consenso di chi si trovi in una delle situazioni indicate dalla lettera a), non può dirsi propriamente un consenso *viziato*. Semmai, lo si potrà definire come consenso

[49] Sul punto si veda sempre PERFETTI, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 675. La dottrina, peraltro, non ha mancato di esprimere perplessità sul fatto che la mancanza di abilità a trattare potesse essere fatta assurgere al rango di caratteristica giuridicamente rilevante (anche a fini invalidatori), in una previsione di portata generale, e dunque applicabile anche ai contratti fra imprese. Sul punto, in particolare, le considerazioni di NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1285, la quale ritiene parimenti inidonee ad attagliarsi al professionista le caratteristiche di ignoranza od inesperienza.

[50] Si fa rinvio, sul punto, a quanto già osservato in nota 12, ed in particolare al contributo di MELI, *La tutela della parte debole*, cit., p. 3 ss., e NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto* cit., p. 418, cui adde ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2001, p. 788 ss., il nuovo paradigma di cui l'A. discorre, sarebbe costituito, appunto, da un generico contratto con asimmetria del potere contrattuale, dovuta alle condizioni di debolezza (senza ulteriori qualificazioni) di una delle parti.

genericamente "turbato", o non del tutto liberamente prestato in quanto il soggetto che lo esprime è condizionabile: da un pregresso rapporto con l'altro contraente (dipendenza o fiducia); da una circostanza esterna che può indurre a compiere una scelta non ponderata (difficoltà economica o necessità urgenti); da uno situazione personale che può rendere il soggetto non in grado di soppesare adeguatamente la portata dei propri atti (ignoranza, inesperienza, imprevidenza, inabilità a trattare).

Affinché scatti il sistema di tutele previsto dalla norma, è necessario che a codeste situazioni di minorazione, s'accompagnino delle circostanze concomitanti.

La prima delle quali è, come denuncia la stessa rubrica della norma, uno sfruttamento dello stato di debolezza dell'altro contraente. Sfruttamento che può ben definirsi come abuso, consistendo nella conoscenza della situazione della parte "debole", e nell'approfittamento della situazione stessa. Va notato, nondimeno, che la formulazione della norma risulta tale per cui non è richiesta l'effettiva conoscenza (e dunque un consapevole e deliberato approfittamento), per integrare la fattispecie in esame essendo sufficiente, invece, una ragionevole possibilità di conoscenza della situazione di minorazione del partner contrattuale.

Si potrebbe ritenere, dunque, che l'abuso possa in alcune ipotesi essere presunto, e ciò accadrà, verosimilmente, quanto risulti più evidente la condizione di vulnerabilità della parte debole, o più grave il pregiudizio alla stessa arrecato[51].

Va poi sottolineato come l'iniquo sfruttamento costituisca, nell'ottica del DCFR - ma l'affermazione sarebbe probabilmente vera anche alla luce del nostro ordinamento - una condotta connotata contraria alla buona fede oggettiva. Il che, poi, rende agevole comprendere perché la buona fede sia chiamata, al comma 2° della norma, a guidare il giudice nella eventuale correzione del contratto[52].

---

[51] Non è fuori luogo ritenere che, ove un contraente non sia a proprio affetto da una peculiare condizione di debolezza, possa quantomeno vedere con sospetto la propria controparte negoziare a condizioni per sé manifestamente svantaggiose. La norma, sul punto non sembra in fin dei conti porre a carico della parte un grado di diligenza maggiore rispetto a quello che pone, ad es., il nostro art. 1432 c.c., lì dove rende rilevante un vizio del consenso (l'errore) se ed in quanto riconoscibile.

[52] A tal riguardo si vedano, per tutti, le considerazioni di NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2005, 512 ss. L'A. ritiene, tuttavia, che la buona fede oggettiva possa permettere non solo di valutare il carattere "abusivo" della condotta del contraente avvantaggiato dalla negoziazione, ma pure permettere di selezionare, volta a volta, le varie tipologie di "debolezza" cui assegnare giuridica rilevanza. Inoltre, benché sul punto il pensiero dell'A. non emerga con particolare nettezza, la buona fede sarebbe pure parametro

Più complessa, invece, è la ricerca del giusto significato da attribuire alla menzione delle circostanze e dello scopo del contratto quali criteri per valutare la presenza dell'iniquo sfruttamento (…*in the light of the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation…*). Le *circumstances* di cui si parla alla lett. b, potrebbero essere intese come le condizioni di minorazione di cui alla lett. a, a voler segnalare che è necessario che il comportamento della parte, per potersi qualificare come abusivo, sia rivolto esattamente a sfruttare la condizioni di debolezza dell'altro contraente. Il riferimento allo scopo del contratto, potrebbe spiegarsi ad es. ritenendolo un criterio utile a verificare che il contratto non avrebbe avuto, comunque, pur in assenza di un approfittamento, un risultato diverso da quello che poi effettivamente si è realizzato. Un'altra interpretazione, meno benevola per i redattori del DCFR potrebbe essere quella di ritenere che il riferimento alle circostanze ed allo scopo del contratto risulti in realtà un portato della previsione dell'art. 2.3.7. dei Principi Unidroit, qui evidentemente riassemblati, ma, sul punto, in modo poco accorto. Evidente è, però, che in assenza di prassi applicativa e di esaurienti spiegazioni nel commento che accompagna il DCFR (ed i PDEC) queste costituiscono, né più né meno che congetture.

Quel che più conta, invece, è restituire la giusta interpretazione al lemma «beneficio eccessivo o vantaggio notevolmente iniquo» (divenuto poi soltanto «vantaggio iniquo» nella previsione del CESL).

La dottrina, per lo meno nazionale, ha spesso inteso la norma come espressione particolare di una generale tendenza, sempre più (coonestata come) immanente al sistema di diritto italiano ed europeo - per tale intendendosi soprattutto il diritto dell'Unione europea - all'equità ed all'equilibrio (quando non alla proporzionalità tra le prestazioni) nelle contrattazioni[53].

---

alla stregua del quale verificare la "normalità" del *contenuto* contrattuale, la presenza, cioè di «squilibri non fisiologici nell'esercizio dell'autonomia privata».

[53] Il riferimento è ovviamente alle norme nazionali e comunitarie che fanno riferimento, per decretarne l'invalidità, a contenuti contrattuali squilibrati (trattasi delle norme dettate in materie di clausole vessatorie nei contratti fra professionista e consumatore, in tema di abuso di dipendenza economica nei contratti fra imprese, alle norme, poi, dettate in tema di disciplina di ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali. Non manca, in parte della dottrina, il riferimento anche alla novellata disciplina penalistica dell'usura, *sub specie* di usura reale di cui all'art. 644 c.p.). L'elencazione di tali norme è oramai presente pressoché in ogni opera dedicata allo studio del contratto, e pertanto può essere qui omessa, e ciò anche nella convinzione che accostare disparate

Sì che il riferimento all' beneficio eccessivo ed al vantaggio iniquo è stato letto come sinonimo di squilibrio, e non facendo la norma alcun distinguo, lo squilibrio non è stato connotato di alcuna caratteristica peculiare, ritenendosi che la norma potesse riferirsi tanto a quello giuridico che a quello economico (i.e.: squilibrio tra i diritti e gli obblighi nascenti dal contratto, e squilibrio tra le prestazioni)[54].

Una tale interpretazione è senz'altro possibile, dato che la formulazione della norma è talmente vaga che sicuramente un contratto squilibrato, economicamente o giuridicamente, in danno di una parte, può dirsi dare un beneficio eccessivo od un vantaggio ingiusto all'altra. Né può tacersi la presenza di una certa ridondanza nell'uso dei termini: ciò poiché vantaggio e beneficio possono ritenersi sinonimi, e dunque potevano essere ridotti ad una sintesi, e lo stesso poteva avvenire col riferimento all'eccessività o alla notevole iniquità.

Dal commento, tanto del DCFR quanto dei PDEC, emerge, però, come il termine beneficio eccessivo sia stato inteso in senso relativo: è a dire che la prestazione ottenuta dal contraente che abusi non è in linea rispetto a quella che si ottiene normalmente, nel caso di contatti simili. Il che, detto forse in modo meno colloquiale, significa che la prestazione ottenuta è eccessiva rispetto alla controprestazione, e cioè la negoziazione avviene fuori mercato. Gli esempi proposti riportano, esattamente, casi di contratti con prestazioni sproporzionate[55].

---

ipotesi di rilevanza dello squilibrio contrattuale, dettate in diversi settori e per diversi fini, non possa far conseguire alcun risultato operativamente utile. Piuttosto sulle disposizioni sopra menzionate ci si soffermerà di volta in volta affrontando i problemi peculiari che le stesse pongono. In ogni caso, sul punto, per una visione d'insieme, si v. ad es. VOLPE F., voce "*Contratto giusto*" nel *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 2007.

[54]Fra i tanti, v. ad es. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale,* cit., p. 780 ss., cui si fa rinvio anche per un chiarimento circa le nozioni di squilibrio economico e squilibrio normativo; ed anche PERFETTI, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 676 ss., ove si svolge un continuo raffronto tra la disciplina dell'*unfair exploitation,* e quella della rescissione per lesione, ma non precisando mai, tuttavia, che la vera differenza fra le due non sta nel fatto che la prima ha eliminato ogni riferimento ad una dimensione quantitativa o qualitativa della lesione, bensì nel fatto che trattasi di norma che non implica, a differenza della rescissione, un contratto a prestazioni corrispettive.

[55] Si v. il commento all'art. 7: 207 DCFR, sub lett. D. ‹‹Excessive benefit: The Article applies where the benefit gained by one party is demonstrably excessive in comparison to the "normal" price or other return in such contracts››, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 533.

Il termine vantaggio notevolmente iniquo, invece, si riferisce, stando sempre al commento ufficiale, ad un vantaggio non giustificabile in senso assoluto, pur se, trattandosi di contratti sinallagmatici, la transazione avvenga a prezzi di mercato[56]. Se davvero è così, però, risulta del tutto inappropriato, poi, aver fatto riferimento, parlando del contratto di donazione, ad un eventuale annullamento della stessa, lì dove il donatario abbia ottenuto non solo un «grossly unfair advantage», ma pure un «excessive benefit».

La realtà, probabilmente, e come emerge del resto dall'impianto generale della norma, è che i concetti in parola abbiano un significato indeterminabile *a priori,* il cui rinvenimento è, dunque, affidato alla valutazione dell'interprete, il quale dovrà operare, in modo simile a quanto avviene allorché si sia innanzi ad una clausola generale[57].

L'unico limite che sembra ricavabile dalla norma, è quello per cui la presenza dell'ingiusto profitto o del vantaggio notevolmente iniquo debba essere verificabile al momento della conclusione del contratto, trattandosi, cioè, di circostanza originaria e non sopravvenuta. Depone in questo senso già la lettera della disposizione, la quale è inequivoca nel primo comma nel sancire che tutti quanti i costituenti dell'*unfair explitation* debbono sussistere «at the time of the conclusion of the contract». In secondo luogo, poi, avvalora questa interpretazione il fatto che per le sopravvenienze – tema al quale l'*unfair exploitation* è dunque estraneo – sia stata dettata apposita e separata disciplina[58].

---

[56] Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 533, sub lett. E: ‹‹Grossly unfair advantage. The Article may apply even if the *exchange is not excessively disparate in terms of value for money*, if grossly unfair advantage has been taken in other ways. For example, a contract may be unfair to a party who can ill afford it *even if the price is not unreasonable*›› (corsivo nostro). Non sembra condivisibile, dunque, la valutazione di PERFETTI, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 676, per cui ‹‹l'eccessività esprime l'idea di un profitto inteso in senso assoluto ed al di fuori del ragionevole (ad es. vendita di un bene per un corrispettivo molto superiore al prezzo corrente di mercato), mentre la grave iniquità costituisce l'esito di un giudizio di comparazione tra termini del rapporto (prestazione e controprestazione)››.

[57] Pressoché nello stesso senso, relativamente, però, alla norma sulla *Gross disparity* contenuta nei principi Unidroit, VOLPE, *I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio*, cit., p. 67 s.

[58] Ad es., per quanto attiene ai PDEC, si v. l'art. 6:111, dedicato appunto al mutamento delle circostanze, il quale contiene, peraltro, una disciplina caratterizzata da una logica rispondente a quella dei rimedi manutentivi previsti anche per la disciplina dell'*unfair exploitation*.

Ciò detto resta da far cenno ai rimedi previsti dalla norma in parola. Come detto la tutela demolitori è costituita dall'annullamento, il quale potrà essere totale od anche solo parziale, e quel che più conta, potrà avvenire in via stragiudiziale, con comunicazione indirizzata alla controparte contrattale.

L'alternativa all'annullamento è invece - oltre che dalla "classica" ipotesi della convalida[59] – quella dei rimedi manutentivi, esercitabili come visto sopra, ad impulso di entrambi i contraenti, cui, però, non spetterà l'ultima parola né sulla *an* né sul *quomodo* della modifica del contratto, essendo il giudice vincolato solo, nel primo caso, al paramentro dell'appropriatezza della modifica (rispetto all'annullamento), nel secondo caso, alle clausole generali di buona fede e correttezza. È il giudice, dunque, ‹‹*il centro di gravità del fenomeno correttivo*››[60].

Svolte queste generiche e piane osservazioni sulla disciplina dell'*unfair exploitation*, è il caso di riprendere l'interrogativo che si era precedentemente formulato, tentando di capire quale sia il baricentro della norma, e quali obiettivi si sia inteso perseguire con una siffatta previsione.

Essa infatti, come già accennato e come ora dovrebbe essere più evidente, presenta alcuni caratteri che hanno fatto sì che ad essa fosse stata rivolta una particolare attenzione. Ci si riferisce alla testuale menzione di ipotesi di volontà turbata diverse e più ampie rispetto ai tradizionali vizi del consenso; alla testuale rilevanza assegnata all'equilibrio del merito dell'accordo raggiunto dai contraenti; all'ampia possibilità d'intervento del giudice – anche in senso conformativo – del vincolo contrattuale.

Caratteristiche, tutte queste, che hanno contribuito ad attirare la disciplina in parola, al centro del vorticoso, e mai realmente sopito, dibattito attorno alla c.d. giustizia contrattuale, di cui ora sarà necessario dar conto.

---

[59] Si v. ad es. l'art. II.–7:211, dedicato, appunto, alla «Confirmation»

[60] Cfr. ancora, PERFETTI, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 680 il quale nota come sia riconosciuto al giudice ‹‹un ampio potere di intervento sul contratto, *in antagonismo* con l'autonomia privata e non in funzione solidale rispetto a questa. Il frutto dell'autonomia privata (il contratto *ingiusto*) è, infatti, espunto e sostituito con altro dal contenuto *del tutto nuovo* che, in quanto ispirato ai principi astratti di *buona fede* e *correttezza*, può benissimo distaccarsi significativamente dal precedente, a tal punto da rendere il giudice autonomo nella costruzione del suo nuovo contenuto›› (corsivo nostro). Sul punto, ad ogni modo, si ritornerà più ampiamente in seguito.

### 1.1.3 *Unfair exploitation* e c.d. giustizia contrattuale sostanziale. Critica della tesi che interpreta l'ingiusto profitto o il vantaggio iniquo come sinonimi di "sproporzione tra le prestazioni", configurando così un'autonomia privata piegata alla logica del mercato.

La disciplina dell'*unfair exploitation*, come già brevemente detto, incrocia per molti aspetti il tema della c.d. giustizia contrattuale. Il richiamo a tale ultimo lemma renderebbe necessario, quantomeno, che dello stesso venisse fornita una nozione. Se non che, ad onta del numero davvero esorbitante di contributi che la dottrina ha dedicato al tema, risulta arduo raccogliere in espressioni di sintesi la molteplicità di questioni che al di sotto di quest'espressione si affollano[61]. Il tema del contratto giusto, infatti, è tanto vasto da involgere problemi del tutto diversi tra loro quali sono, da un punto di vista più generale: i rapporti tra volontà privata, ordinamento, potere giudiziale e mercato; e da un punto di vista più specifico: il ruolo attualmente da assegnare ad istituti quali la causa del contratto, i vizi del volere, le clausole generali di correttezza e buona fede, le fonti di integrazione del contratto (prima fra tutte l'equità), la gestione delle sopravvenienze, l'attuale

[61] La bibliografia sul tema della giustizia contrattuale, come già accennato in nota 13 risulta vasta al punto da non potersene dar conto in modo esaustivo. Sul tema, si veda a livello generale: SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., VII, Torino 2012, p. 534 ss.; CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir. Annali*, vol. VII, 2014, p. 447 ss.; VOLPE F., voce "*Contratto giusto*" cit. Sul tema si segnalano, poi, in particolare i seguenti contributi: MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi,* in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 601 ss.; ROPPO*, Giustizia contrattuale e liberta` economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *R. crit. d. priv*., 2007, p. 599 ss.; PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale* cit.; NAVARRETTA, *Il contratto democratico e la giustizia contrattuale* cit.; D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 155 ss.; SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. It.*, 1999; MOSCATI, *Autonomia privata, libertà del consenso e giustizia contrattuale*, nel volume *Ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* (a cura di SCALISI), 2007, Milano p. 573 ss. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., 334 ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, *passim*; Il tema ovviamente è dibattuto anche oltre i confini nazionali. Al riguardo si segnalano in particolare: GHESTIN, *Les obligations. Le contrat: formation*, 2, Parigi, 1988, p. 20 ss; BOUDOT, *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Europ. e d. priv*., 2008, p. 635; GORDLEY, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, 1991; HESSELINK, *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2014, p. 81 ss. Altri contributi verranno segnalati, di volta in volta, in nota.

tassonomia dei rimedi contrattuali ed altro ancora[62]. L'espressione giustizia contrattuale è, dunque, un'espressione evocativa, potenzialmente, dell'*intero* diritto dei contratti. Anche per questo, probabilmente, chi invoca la giustizia contrattuale, per lo più, lascia sottinteso quel che invece sarebbe necessario esplicare: il concetto di giustizia[63], in sé, e riferito al contratto. Al contrario, l'idea di contratto giusto è nella maggior parte delle ipotesi lasciata intendere, ma raramente di questo si dà una definizione. Sì che nel discorrere di giustizia contrattuale ci si limita ad esprimere un anelito, a che il contratto realizzi un assetto di interessi equo: in cui, cioè, ciascuna dei contraenti vede ricadere su di sé un'eguale parte di sacrifici e perdite[64]. Detto ciò, però, nuovamente non vi è accordo tra gli interpreti nello stabilire le condizioni di rilevanza, o anche solo il significato, di tale iniquità, e nell'enucleare rimedi e soluzioni operativamente utili a porvi rimedio[65].

[62] Per una sintesi si v. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale,* cit., p. 831 s., ove si svolgono considerazioni critiche sull'uso del termine "giustizia contrattuale", definita quale espressione ‹‹di comodo››, proprio per la vastità delle questioni che involge; anche D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 156 s., condivisibilmente, parla di un impiego dell'espressione giustizia contrattuale che si rivela ‹‹ambiguo anche rispetto allo stesso ordine di riferimento delle proposizioni che lo contengono: etico, ideologico,economico sociologico, giuridico›› al punto che ‹‹nel discorso che su di essa svolgono i giuristi non è agevole discernere l'una dalle altre››.

[63] Condivisibile, dunque, l'osservazione di CALDERAI (elaborando il pensiero di RAISER): ‹‹Il paradosso della giustizia contrattuale suona così: la giustizia è il fondamento del contratto, ma chi o cosa fonda la giustizia, considerando la pluralità delle intuizioni teoriche e realizzazioni storiche di un concetto «tanto poco definibile quanto sono quelli di buono e di male (cfr. RAISER, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in ID., *Il compito del diritto privato*, trad. it. di Die Aufgabe des Privatrechts, Kronberg, 1987, Milano, 1990, p. 12)?››, voce *Giustizia contrattuale*, cit., p. 447.

[64] Ancor più ambigua è la nozione di giustizia contrattuale che ricava D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 157: ‹‹il significato che appare implicato dall'uso corrente della formula sembra piuttosto esprimere una contrapposizione o, quantomeno una tensione, una conflittualità potenziale, tra vincolo contrattuale e giustizia, tra osservanza del contenuto delle pattuizioni e salvaguardia di interessi che sono da esse pregiudicati e che sia invece giusto proteggere».

[65]Il dibattito intorno alla giustizia contrattuale, nel nostro ordinamento, è ripercorso con particolare lucidità da SACCO, *Il contratto*, cit., p. 22 ss.; ID, voce *Giustizia contrattuale*, cit., ove viene appunto descritta – ma in senso critico, e senza'altro a tratti ironico - la ricerca, da parte dell'interprete, di uno strumento giuridico-positivo di giustizia dotato di applicabilità generale. Si nota così come la ricerca della giustizia sia passata dapprima attraverso il richiamo all'equità, poi alle clausole generali di buona fede e correttezza, infine, attraverso la causa ed il concetto di buon costume. Ma nessuno di questi strumenti, parrebbe far intendere l'autore, può permettere all'interprete di attingere al concetto di giustizia. Sul punto, nella medesima prospettiva, anche D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 158 ss.

Il che forse - almeno per accogliere un'istanza di chiarezza e, si potrebbe dire, pulizia concettuale - potrebbe suggerire di censurare l'espressione giustizia contrattuale, per riferirsi, volta a volta e col loro nome, ai vari istituti coinvolti dalle istanze che questa sottende[66].

Se non che, vinto quest'impulso, e pur a costo di qualche semplificazione, si potranno quantomeno distinguere due gruppi di tesi emerse relativamente al tema del contratto giusto [67].

Viene qui definita giustizia contrattuale sostanziale, quella visione che, nel diritto dei contratti, assegna (vorrebbe fosse assegnato) un valore determinante, anche ai fini della validità, all'equilibrio del concreto assetto d'interessi che è esito della contrattazione. Equilibrio che, in questa prospettiva, non parrebbe connotarsi di particolari qualificazioni, potendo trattarsi sia del c.d. equilibrio normativo del contratto, sia del c.d. equilibrio economico: il dato omologante riposerebbe nel *principio di proporzionalità*, che domina il tutto[68].

Secondo questa visione, un assetto d'interessi sperequato potrà - di per sé e solo – essere rimosso o modificato, non potendo godere della forza di legge ad esso assegnata, e ciò anche a prescindere dal fatto che esso sia o no effettivamente *voluto* dai contraenti. Si prescinde, dunque, dal principio *volenti non fit iniuria*, il che

[66] Si v. al proposito la severa considerazione di D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 157: ‹‹si riduce a mero esercizio retorico e sterile o peggio, distorsivo, ogni impiego della formula che vada disgiunto dalla identificazione dei problemi di disciplina dei rapporti cui essa dovrebbe pur riferirsi, la varietà dei quali non consente alcun serio e attendibile discorso o ragionamento indifferenziato››.

[67] Come ricordato alla nota 27, nel dibattito odierno gli A. tendono a prefigurare diversi modelli di giustizia contrattuale (ad es. NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1262 ss. ne individua cinque). A fini del presente discorso, si ritiene sufficiente, fermarsi ai due modelli principali di giustizia sostanziale e procedurale. In senso analogo anche D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 163, il quale si interroga: ‹‹si tratta di valutare la conformità a giustizia dell'equilibrio economico e normativo considerato di per se stesso, ovvero in rapporto alle circostanze del negoziato, a condizioni dei contraenti e alla loro condotta nella fase precontrattuale e formativa?››, ma sciogliendo l'alternativa senz'altro nel secondo senso.

[68] Sul c.d. principio di proporzionalità, si v. specialmente P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., 334 ss.; ID, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., 2006, 379 ss.; ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, Esi, 2003, 443 ss.; oltre a numerosi altri A., ispirati dalla dottrina di quest'ultimo: PENNASILICO, *Interpretazione ed integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Civ*., 4, 2017, 163 ss.; ID, "Menàge a trois": *la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. Dir. civ*., 1, 2016, 179 ss.; CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, 392 ss.; MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Rass. Dir. civ*., 2003, p. 213 ss.

rivela una portata eventualmente distruttiva rispetto al valore recitato dall'accordo[69].

È questa una concezione, di tutta evidenza, alquanto distante ed eversiva rispetto ai principi che dominano la materia contrattuale per come disciplinata dal nostro codice. La dottrina tradizionale affermava ed ancora afferma[70], nonostante si faccia sempre più nutrita la schiera di voci critiche al riguardo, che non possa

[69] L'uso del brocardo in parola a quest'ambito è tratto da DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione"*, cit., p. 797 ss., il quale, nel saggio in parola, ne auspica un superamento in nome degli interessi sostanziali delle parti che spetterebbe al giudice cogliere ed eventualmente perseguire, anche rimuovendo un accordo formalmente valido (i.e. rispettoso delle regole di fattispecie). Sembrerebbero accogliere un siffatto principio, e forse andarne un passo oltre, anche le due note ordinanze della Corte Costituzionale (n. 248/2013 e 77/2014) - su cui ci si soffermerà in seguito - le quali hanno ritenuto possibile affermare la nullità di clausole contrattuali non eque e gravemente sbilanciate a danno di una parte, facendo aggio sulla mera non conformità alla buona fede oggettiva ed all'art. 2 della Costituzione. A tal proposito è dunque d'obbligo il rinvio a MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ*., I, 1994.

[70] A tal proposito, per una convinta e pervicace difesa della bontà delle tesi tradizionali si v. ancora CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale,* cit. 764 ss., per il quale al centro del sistema rimarrebbe ‹‹una libertà contrattuale da rispettare perché vera e, perciò, fonte visibile di giustizia››. Ma si v. anche, per una valutazione di sintesi sul tema, ROPPO, voce *"Contratto"*, nel *Digesto delle disc. priv.*, IV, Torino, 1989, 87 ss., dal quale si riporta un ampio stralcio, utile a meglio comprendere la visione tradizionale (e non perciò inattuale) del tema: «nessuna delle regole concernenti il controllo di funzionalità del contratto è diretta a controllare istituzionalmente … l'equità dello scambio, il rispetto dei principi di giustizia commutativa. Le parti sono libere, in linea di principio, di fissare come credono le ragioni di scambio dei loro contratti: ciascuna parte è libera di dare 10 in cambio di 1; l'ordinamento giuridico non interviene a correggere questa «iniqua» proporzione, ma rispetta le autonome scelte degli operatori - nella stessa misura in cui rispetta la libertà delle decisioni di mercato*. L'ordinamento giuridico interviene solo a controllare il quadro esterno delle circostanze entro cui quelle scelte e quelle decisioni - quali che siano - sono state assunte e devono essere portate ad esecuzione*: *e reagisce solo nell'ipotesi che quelle scelte e decisioni siano state prese sulla base di elementi tali da perturbare gravemente le valutazioni di convenienza* dell'operatore...In questo modo, come si è detto, l'ordinamento non tutela l'intrinseca giustizia dello scambio contrattuale, ma solo la *formale correttezza delle modalità esterne con cui lo scambio è deciso e realizzato*…è chiaro che se ad ogni contraente fosse consentito di liberarsi dai suoi impegni contrattuali solo perché lamenta che l'operazione non gli ha reso i profitti da lui soggettivamente sperati, ne risulterebbero sconvolti (non solo e non tanto le aspettative di profitto nutrite da controparte in ordine a quella stessa operazione, ma) l'intero sistema e la razionale dinamica dei rapporti economici: è questo - già lo sappiamo - il senso reale del principio *pacta sunt servanda*» (cors. nostro). G.B. FERRI, il quale ritiene che un diverso pensiero sarebbe ‹‹profondamente eccentrico all'idea di autonomia privata elaborata dal nostro legislatore agli artt. 1321 e 1322 c.c.››, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. e giur*., 2004, p. 5. Si v. per una lucida sintesi del tema, anche alla luce delle "nuove tendenze" del diritto contrattuale, ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico*, cit., p. 516 ss.

essere in alcun modo interesse del diritto quello di verificare la congruità o la convenienza (diremmo, il merito) dei negozi privati, essendo tale valutazione rimessa del tutto all'autonomia delle parti. E queste potranno, al limite, anche assegnare il valore di 1a ciò che vale 10, e non potrà dirsi che una tale scelta sia di per sé ingiusta, potendo basarsi sulle più disparate ragioni e non disponendo nessuno, dall'esterno, di un parametro per esprimere una tale valutazione[71]. Il diritto, essendo fatto di previsioni generali ed astratte, soltanto potrà occuparsi di verificare che la decisione dei contraenti – quale che sia[72] - sia esito di un procedimento formativo legale[73]. Risolta positivamente questa verifica, il merito dell'accordo risulterà posto in una dimensione intangibile (o per meglio dire inattingibile) da chicchessia.

Ciò detto, affermare che, invece, l'interprete possa entrare in presa diretta col merito delle scelte compiute dai contraenti per rimuovere o modificare il vincolo in cui queste si sono espresse porta con sé alcune conseguenze facilmente intuibili: la fedeltà dell'interprete (in particolare del giudice) rispetto al diritto positivo non è più considerata una direttiva da seguire, potendo sempre compiersi un ri-apprezzamento *ex post* – in senso ablativo o correttivo – dei «*concreti esiti*

[71]L'osservazione, classica, è ribadita con particolare chiarezza da NAVARRETTA, *Il contratto democrati*co, cit., p. 1271 c.c.: ‹‹immaginare un controllo di giustizia fondato sulla pura non proporzionalità fra le prestazioni vuol dire – specie quando viene in considerazione la giustizia economica – operare una comparazione con valori esterni al contratto, quale il giusto prezzo, che intanto possono reputarsi giusti in quanto sono frutto di accordi stipulati a particolari condizioni che garantiscano la giustizia del risultato. Di conseguenza, reputare come sempre irrilevanti le condizioni della contrattazione vuol dire perdere ogni parametro di riferimento per l'identificazione dell'iniquità o della non proporzionalità economica delle prestazioni››.

[72] Ciò viene detto non dimenticando, ovviamente, che da sempre ed in ogni ordinamento l'autonomia privata è sottoposta a dei limiti, e che tali limiti possono anche riguardare anche direttamente il contenuto del contratto. Ma l'autonomia privata, in quanto situazione di libertà, dovrebbe essere intesa connotata del carattere della pienezza, e perciò tendenzialmente illimitata. O, più modestamente, i limiti alla stessa dovrebbero essere, più o meno precisamente, dettati dal legislatore e precisamene individuabili.

[73] Al riguardo si v. ROPPO, voce "*Contratto*", cit., p. 101 ss.; come di consueto magistrale è, poi, l'insegnamento di IRTI, per il quale ‹‹Il prezzo non è nei singoli casi né giusto né ingiuso… *La giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione*…Il diritto…non prescirve né controlla gli scopi di singoli atti, ma tutela la libertà e la consapevolezza della decisione. L'uomo libero e consapevole è fatto responsabile della scelta: egli non può riversare su altri il rischio della propria decisione.››, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ*., I, 1995 p. 290 s., si legga poi p. 293 ss. ove l'A. avverte come sia tutto da fondare un sistema di tutela del consenso efficace anche per gli scambi del mercato, ove l'attività giuridica consiste non nel negoziare, ma nel muto gesto di selezione di questa o quella merce.

*applicativi delle regole* a priori»[74]. Il che solleva immediatamente ulteriori problemi. Essendo quello di giustizia un concetto – al pari di quello di sproporzione e di iniquità– che implica una relazione, ciò pone il problema di rinvenire il parametro alla stregua del quale possa dirsi che un determinato assetto d'interessi sia giusto od ingiusto, potendosi, un tale parametro, individuare nella mera conformità al mercato - essendo da reprimere le negoziazioni che fuoriescano dagli usuali valori mercantili - oppure la sua individuazione essere lasciata all'opera discrezionale del giudicante[75]. Il che rende, di per sé, il concetto di giustizia contrattuale assimilabile a quello di giustizia del caso concreto[76].

Così definito sommariamente, ma nelle sue linee essenziali, il concetto di giustizia contrattuale sostanziale, si tratta ora di comprendere se ad un tale modello sia riconducibile proprio l'*unfair exploitation*.

---

[74] PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 840; si v. anche MOSCATI, *Autonomia privata, libertà del consenso e giustizia contrattuale,* cit., p. 574 il quale nota come anche il diritto positivo riconosca ‹‹al giudice un potere penetrante di sindacato e di correzione della regola pattizia che deve essere esercitato…non alla stregua di un parametro certo e definito *a priori*, ma *a posteriori* facendo riferimento ad un elastico metro equitativo››. Ovviamente, i fautori di quella che sì è chiamata giustizia contrattuale sostanziale, e che si avvale del principio di proporzionalità, non reputano di per sé preoccupante il fatto che il giudice possa intervenire in tal modo nel merito dei negozi privati: si v. in particolare il contributo di PENNASILICO, "Menàge a trois": *la correzione giudiziale dei contratti*, cit., 185 ss., ove s'afferma come il contratto sia opera tanto delle parti quanto del giudice potendo egli legittimamente rivendicarne il ruolo di coautore.

[75] Per D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 163, le alternative, ove si condividesse la prospettiva di una giustizia contrattuale sostanziale, riposerebbe nell'assumere a criterio di giudizio (dell'ingiustizia del contratto), ‹‹o il parametro costituito da valori e *standards* economici e normativi espressi dal mercato, ovvero quello squisitamente etico-equitativo costituito da un ideale modello di equilibrio contrattuale giusto››, ma non si vede come il secondo ramo dell'alternativa non possa condurre ad un totale arbitrio dell'interprete.

[76] CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale,* cit., *passim*. Il quale, nel ribadire la necessità che l'interprete sia fedele al dato positivo osserva, correttamente, come agli occhi della dottrina tradizionale ‹‹la giustizia come valore inattingibile appariva aperta a soluzioni troppo disparate perché non si innescasse l'idea disperante che ognuno potesse fare a modo suo››, minando così le basi e la certezza del diritto. Al contempo si criticano, con durezza, gli atteggiamenti della giurisprudenza più recente, sempre più aperta a soluzioni distanti dal dato positivo, e con essa la dottrina che questa sostiene, ma con un sostengo ‹‹periclitante››, ed ‹‹allusivo, che si limita a ribadire il risultato applicativo invece di preoccuparsi di verificarne la fondatezza››, il che contribuisce a rendere l'immagine di quello che l'A. definisce ‹‹fantadiritto››.

Secondo un'autorevole[77] e non certo isolata[78] dottrina, difatti, le previsioni dell'art. 3.2.7 dei principi Unidroit, e l'art. 4:109 dei PDEC, conterrebbero, ad onta della loro collocazione nell'ambito dei vizi del consenso, una norma che mirerebbe a proteggere non già la libera esplicazione dell'autonomia privata ma, tutt'al contrario, a reprimere - in modo anche antagonista rispetto a quest'ultima - gli *scambi* che fuoriescano dai normali parametri mercantili. In termini particolarmente netti, s'afferma, così, l'obiettivo perseguito sarebbe quello di eliminare dal mercato i contratti che presentino una «*sproporzione tra le prestazioni*»[79]. L'ordinamento che contenga una norma siffatta, vale a dire, imporrebbe alle parti di non adottare altro parametro nelle negoziazioni al di fuori del prezzo di mercato.

Secondo questa visione, infatti, le norma in parola, nell'unificare «molteplici e disparate sotto-ipotesi di volontà viziata attorno all'elemento dello squilibrio contrattuale»[80] renderebbe palese il fatto che il problema che essa ha di mira a risolvere sarebbe «l'anomalia [del contratto n.d.r.] in rapporto al mercato, rispetto al quale la volontà degrada a mero requisito (fungibile) di rilevanza».

Il pensiero dell'autore citato, particolarmente suggestivo e complesso, sembra far aggio, in special modo, più che sulla formulazione testuale delle norme prese in esame, su taluni aspetti generali degli istituti in cui sono racchiusi.

In particolare, decisiva rilevanza sistematica è data al comma 2° delle norme considerate - ma il discorso potrebbe ripetersi pure per il DCFR che come detto conosce una disciplina pressoché identica– il quale consente al giudice, ove lo

---

[77] Si tratta di M. BARCELLONA. La tesi è esposta con particolare chiarezza in *Clausole generali e giustizia contrattuale (equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo)*, 2006, Torino, p. 263 ss. risulta già anticipata in *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*. A cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 310 e ss., e, se ben si è compreso il pensiero dell'Autore, trova definitivo affinamento e compimento nell'opera *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, *passim*.

[78] In senso conforme al pensiero di M. BARCELLONA, paiono orientati già il contributo di PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei* Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?, in *Giur. comm*., 4, 1997, p. 566 ss., spec. p. 595; e più di recente anche STANCA, *Note in tema di causa nel* draft common frame of reference *e nella proposta sulla* CESL, in *Contr. e Impresa*, 3, 2015, p. 719 ss., ove si afferma come le norme relative all'*Unfair exploitation*, lungi dall'essere finalizzate a proteggere il consenso dei contraenti, sopperirebbero all'assenza della causa, nella repressione dei contratti non equilibrati (va da sé, sul presupposto, discutibile, che a ciò la causa occorra).

[79] M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 282.

[80] M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 265, cui è riferita anche la successiva citazione.

ritenga appropriato, di riscrivere il contratto, in modo da conformarlo all'esito che si sarebbe raggiunto ove le parti avessero negoziato rispettando i canoni della buona fede e della correttezza. Le clausole generali citate, a detta della dottrina in commento, imporrebbero al giudice, in questo senso, di far riferimento non già ad una ipotetica volontà dei contraenti, bensì, ed esclusivamente, ad uno *standard*. Allo *standard*, più in particolare, costituito dall'uomo razionale, che si trovi ad operare in un mercato perfettamente concorrenziale. Così che quest'opera di riformulazione del contratto, si nota, il parametro che guiderà il giudice sarà oggettivo e fisso, e nessuna voce in capitolo potrà avere il contraente avvantaggiato dalla negoziazione, il quale, dunque, potrà essere vincolato ad un contratto ed al cui procedimento formativo non ha partecipato e che, dunque, non ha voluto[81].

Uguale considerazione merita poi il fatto che sia prevista la possibilità di annullare parzialmente il contratto (vale a dire annullarne singole clausole). Anche in tal caso, secondo la tesi in esame, risulterebbe confermato – essendo l'annullamento parziale[82] null'altro che una riformulazione del contratto – che il contraente avvantaggiato possa essere vincolato ad assetto di interessi che della sua volontà non è il frutto. Insomma, la normativa in esame dimostrerebbe come, a differenza dei sistemi di conservazione dei contratti esito di una volontà viziata previsti dal nostro codice, la volontà (effettiva od ipotetica) dei contraenti, possa essere tenuta in non cale dal giudice[83].

---

[81]M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 274 s.; si ricordi che una simile valutazione era già stata espressa da PERFETTI, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 680, sebbene quest'ultimo non vi riconnettesse conseguenze altrettanto "gravi"; si v. poi, MOSCATI, *Autonomia privata, libertà del consenso e giustizia contrattuale,* cit., p. 589.

[82]M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 276 ed ivi in particolare la nt. 32, ma si legga la nota successiva, per avere contezza del pensiero complessivo dell'A. sul punto.

[83]M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 266 ss., spec. 271 e 275 s. Particolarmente illuminante, poi, è la valutazione per cui la norma derogherebbe ad alcuni tradizionali principi propri del nostro ordinamento ed in particolare quelli per cui: «(a) il contratto consiste in un procedimento che interviene tra due persone, considerate in generale e facendo astrazione da ogni loro determinazione materiale (ossia in quanto meri soggetti giuridici astratti), per la formazione di regole concrete e ad esse particolari. (b) Ove non ricorrano ragioni di ordine "politico", la legge è chiamata ad esercitare sul contratto un controllo tendenzialmente solo procedurale, ossia circoscritto ai presupposti ed alle condizioni formali della formazione della volontà negoziali e della loro *relatio*. (c) Se tale controllo consta che il procedimento è fallito, la legge fa cadere il contratto ad iniziativa della parte in capo alla quale il tale fallimento è stato constatato, ma non può che farlo cadere nella sua interezza poiché l'altra parte non può essere

Si nota, quindi, come la logica sottesa a tali rimedi da ultimo menzionati sia non tanto assimilabile a quella dall'annullabilità (per lo meno per come intesa dall'interprete italiano), quanto piuttosto a quella della nullità. Ciò poiché si prevedono meccanismi, quello della correzione e dell'elisione di singole clausole, che, per solito – proprio in quanto non rispettosi della volontà privata – si basano su ragioni di ordine pubblico economico[84]. Né ci si potrebbe, su tali basi, limitare ad affermare che si sia incorsi, nella redazione dei testi dei PDEC «in una *defaillance* dommatica, scambiando una nullità relativa per un'annullabilità»[85]. La questione, seguendo la dottrina qui riferita, è diversa e più complessa. Un sistema normativo che consenta un *generalizzato* controllo di merito sulle convenzioni private e che consenta, di queste, la correzione o la caducazione attraverso lo strumento delle clausole generali di correttezza e buona fede, farebbe mostra non tanto di un'annullabilità piegata alla logica della nullità, quanto piuttosto *di un'autonomia privata piegata alla logica del mercato*.

Sarebbe superato, così, il principio del *solus consensus obligat*, principio per cui «è razionale, e quindi giusto, tutto ciò e solo ciò che sia stato liberamente

vincolata se non all'esito di un procedimento cui abbia partecipato». Con ciò risulterebbe spiegato il fondamento dell'annullabilità quale categoria di invalidità.

[84] Prosegue, difatti, l'A., alle p. 277 s., spiegando secondo quale sia la logica che, invece, presiede al rimedio della nullità: (d) quando dipenda dalle determinazioni materiali dei contraenti e dal contesto materiale del procedimento negoziale può essere considerato solo in forza delle ragioni "politiche" e perciò solleva problemi non procedurali ma per l'appunto "politici" che trovano sede nell'ordine pubblico economico. (e) Le ragioni politiche che fanno attribuire rilevanza a quanto fuoriesce dalla considerazione generale ed astratta dei contraenti e del contesto negoziale, possono giungere a richiedere correzioni materiali dell'accordo, ma tali ortopedie, proprio in quanto originabili solo da ragioni "politiche", hanno da essere previste ed articolate dalla legge (che in quanto espressione della sovranità popolare appare la sola legittimata a decisioni per l'appunto politiche. (f) Di conseguenza, in assenza di una determinazione legislativa retta da una *ratio* politica al giudice è dato solo di constatare l'eventuale "decesso" del contratto, e gli è, invece, inibita, in linea di massima, qualsiasi ortopedia dell'accordo che non costituisca mero sviluppo della ratio volontaria ad esso consegnata».

[85] M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 272. Le considerazioni dell'A., sul punto, sono riprese anche da NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1284; ID, *Causa e giustizia contrattuale*, spec. 425 ss., ove – identificata l'*unfair exploitation* quale istituto idoneo ad essere preso a modello per i contratti (genericamente) asimmetrici, si sottolinea come il rimedio adeguato sarebbe costituito dalla nullità (perché trattasi di rimedio prediletto per l'*Inhaltskontrolle*), ma relativa, in quanto l'interesse tutelato, è pur sempre raccordato alla protezione del contraente c.d. debole.

voluto, che sia rivestito dalla forma del reciproco consenso»[86]. Alla logica volontaristica si sovrapporrebbe quella funzionale del mercato: «il controllo di merito del contratto…infrange la ragione volontaristica semplicemente per subordinarla alla ragione mercantile: *è giusto ciò che è voluto ma solo a condizione che sia anche voluto dal mercato*»[87]. Vale a dire, cioè, che il contratto giusto sarebbe soltanto il contratto il quale mostri un equilibrio «ottenibile in un mercato…perfettamente concorrenziale», sì che a tenere legge tra le parti sarebbe «invece della volontà…la prassi mercantile»[88], imposta ai contraenti tramite le clausole di correttezza e buona fede[89].

Sì che - riconosciuto alla buona fede ed alla correttezza un tale ruolo - risulta poi facile declamare l'epicedio dell'autonomia contrattuale, se è vero che, come stabilisce l'art. 1:102 dei PDEC «*Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto»,* ma – ecco il punto - *«nel rispetto della buona fede e della correttezza»*[90].

In definitiva: «il controllo di merito dell'autonomia privata risulta così rivolto ad espungere i contratti impropri dal punto di vista del mercato: regolazioni contrattuali, *che magari supererebbero il filtro simbolico della volontà*, sono bloccate da questo ulteriore filtro funzionale che, attraverso buona fede e

[86]M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 278, come si dirà, invece, la formula usata dall'autore si adatta perfettamente a descrivere anche una fattispecie come quella dell'*unfair exploitation*, che di certo al principio del *solus consensus obligat* non deroga, incidendo, semmai, sulle condizioni a fronte delle quali un vincolo possa dirsi *liberamente* voluto.

[87]M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 284, ed ivi anche la nota 52; il corsivo è nostro.

[88]M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 282 ss.; quest'interpretazione, in relazione, però, ai soli Principi Unidroit, è adombrata anche da DI MAJO, I *principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1996, p. 289.

[89]Le clausole generali, dunque, non svolgerebbero più, in quest'ottica, la funzione di norma di comportamento, bensì avrebbero anche un attitudine ad operare ‹‹un controllo sul contenuto dell'accordo›› (NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva*, cit., p. 509 ss. ove tali considerazioni vengono svolte proprio in relazione all'art. 4:109 dei PDEC, per quanto gli esiti a cui giunge l'A. in parola non siano enunciati in termini di particolare nettezza, mantenendosi il discorso ad un livello alquanto generico).

[90] E si noti che l'affermazione è tutt'altro che infrequente. A mero titolo di esempio si v. ALPA, I Principles of european contract law, cit., ove si afferma: ‹‹L'intervento del giudice volto a "riscrivere" il contratto in luogo delle parti denuncia l'inesorabile tramonto della "santity of contract"››, p. 497.

ragionevolezza, *piega alla prassi mercantile ed agli equilibri economici del mercato il contratto anomalo*»[91].

È questa una visione delle cose che perfettamente rientra nell'ambito di quella che s'è definita giustizia contrattuale sostanziale essendo consentito, appunto, l'intervento sul contenuto del contratto – se contraddittorio rispetto alla logica del mercato – a prescindere da eventuali fallimenti nel procedimento che ha portato alla sua formazione.

Se non che sulla bontà di tale tesi è lecito dubitare. Che il moderno diritto contrattuale tenda a sostituire al modello di uomo medio (il buon padre di famiglia) quello dell'*homo aeconomicus* (l'agente della razionalità del mercato), non è affermazione nuova[92]. Che a ciò consegua la tendenza, moderna, del legislatore ad espungere dal mondo del diritto le convenzioni disallineate rispetto a quelle

[91]M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 284, il corsivo è nostro.

[92] Sul punto si vedano le considerazioni, che vale la pena di riportare ampliamente, di MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur.e dir. priv*., III, 2016, p. 597 ss., ove si legge: ‹‹non si è riflettuto a sufficienza sul paradigma antropologico fatto proprio dal diritto contrattuale europeo. Il codice civile, per lo meno nella disciplina generale delle obbligazioni e del contratto, presuppone la parità formale delle parti e adotta il modello dell'uomo di medie capacità, rappresentato dalla figura, tanto romantica quanto anacronistica, del buon padre di famiglia. Si tratta di un paradigma antropologico disegnato sulle capacità realizzative dell'individuo e, dunque, orientato all'attuazione dell'obbligazione e all'esecuzione del contratto. In altri termini, il codice civile ricorre alla potente semplificazione collegata all'adozione di un agente-modello e lo fa sul terreno dell'individuazione dei criteri di determinazione dell'adempimento e, per contrapposizione, di determinazione dell'inadempimento, *lasciando invece alla valutazione in concreto l'accertamento della validità e dell'efficacia della scelta negoziale*. Tutt'al contrario, il diritto contrattuale europeo adotta il paradigma antropologico del massimizzatore intenzionale del proprio utile, ossia del c.d. *agente razionale*, e in questo caso il modello di attore è disegnato sui processi decisionali e, dunque, orientato al momento *della scelta negoziale*. La semplificazione collegata all'adozione del paradigma dell'agente razionale consiste nell'assunzione che, *ove siano garantite le condizioni per operare una scelta consapevole e libera da condizionamenti, essa è per definizione razionale* e, quindi, tale da assicurare l'utile individuale e il corretto funzionamento del mercato tramite la più adeguata selezione del panorama dell'offerta. La conseguenza sul piano della disciplina del contratto consiste nella sostanziale marginalità riservata al rimedio dell'annullamento che, pur servendosi anch'esso di qualche generalizzazione come la riconoscibilità dell'errore, istituisce comunque un giudizio individualizzato e, dunque, in concreto, che tiene conto anche delle capacità cognitive, rielaborative, culturali, esperienziali del singolo contraente, di cui va vagliata la scelta. Il diritto contrattuale europeo — per lo meno allo stato attuale — sembra prediligere la nullità, ancorché di protezione, la quale è quanto meno sul piano dei presupposti del tutto *sganciata da una valutazione individualizzata*›› (corsivo nostro). Sul punto similmente anche ROJAS ELGUETA, *Fallimenti cognitivi e regolazione del mercato energetico*, in *Contratto e Impresa*, I, 2016, p. 255 ss., ed ivi specialmente la nota 9 per ulteriori riferimenti.

ottenibili in un mercato perfettamente concorrenziale, è altrettanto vero[93]. Meno vero, però, è che una tale tendenza si sia tradotta in alcunché di consolidato e generalizzabile all'*intero* diritto contrattuale[94]. Senz'altro, per quanto ora interessa, si può dire che se pure la tesi suesposta fosse corretta, senz'altro non lo sarebbe alla luce della (e pertanto non sarebbe giustificabile tramite la) disciplina dell'*unfair exploitation*.

In particolare è di tutta evidenza come tale tesi si basi su alcuni postulati, che non sono però rispondenti al vero: il primo è quello per cui l'espressione *ingiusto profitto o vantaggio gravemente iniquo* significhi, sempre e solo, squilibrio (economico) del contratto, sproporzione tra le prestazioni; il secondo è quello per cui tali norme, nel loro complesso, in tale squilibrio trovino il proprio baricentro, non fungendo gli altri requisiti da (co)elementi costitutivi della fattispecie; infine, risulta altrettanto arbitraria l'affermazione per cui la buona fede e la correttezza debbano essere utilizzate in modo tale da «rendere inderogabile il mercato»[95], eventualmente al punto di vincolare i contraenti ad un programma negoziale che nessuno dei due aveva previsto e voluto.

Si cercherà, ora, di confutare tali assunti, sostenendo che quello delineato dall*'unfair exploitation* è, se proprio si vuol usare tale espressione, un modello di giustizia contrattuale procedurale[96].

---

[93] Le indicazioni bibliografiche potrebbero essere assai vaste. Ci si limita dunque a segnalare il contributo di GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, in *Le forme della nullità* (a cura di S. PAGLIANTINI), Torino, 2009, p. 218 ss. ove viene espressa ed argomentata la tesi per cui l'invalidità sarebbe ‹‹l'espressione legale di un'irrazionalità della scelta contrattuale››, lì dove irrazionale, appunto, parrebbe la scelta che non si conforma a quella praticabile in un mercato concorrenziale (ove l'agente, cioè, è pienamente informato, e in grado di trovare nel mercato, comunque, eventuali alternative soddisfacenti).

[94] In particolare, sul punto, CASTRONOVO, Diritto *privato generale e diritti secondi, la ripresa di un tema*, in *Eur. Dir. priv*., II, 2006, p. 397 ss.

[95] M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 286. Anche sul punto non può che risultare condivisibile quanto affermato da D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 164, che individua il risultato paradossale di una tesi fondata sulla giustizia contrattuale sostanziale, che prenda a parametro della valutazione d'ingiustizia la mera difformità dal mercato: ‹‹se esso[il mercato] è il luogo di spontanea formazione delle condizioni dello scambio, come possono essere queste rese coercitive assumendosi lo stesso mercato a criterio della loro imposizione? Come può questo elemento di fissazione essere compatibile con un fenomeno la cui spontanea dinamicità è assunta come suo carattere naturale?››.

[96] Più in generale, è da respingere l'idea di una giustizia contrattuale meramente sostanziale (*i.e.* che trovi il suo fulcro solo nello squilibrio negoziale). Sul punto si fa rinvio, fra i tanti, a D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 155 ss., lì dove si afferma e dimostra (a nostro avviso in modo

### 1.1.4. L'*Unfair exploitation* e la c.d. giustizia contrattuale procedurale. La giustizia del contratto riposa nella legalità del procedimento formativo della regola privata.

La dottrina tradizionale, lo si è detto poco sopra, insegna che il contratto è anzitutto un accordo tra due o più soggetti, e che ha lo scopo di formare un assetto d'interessi a cui questi saranno vincolati. È pertanto necessario che l'accordo sia frutto di consenso[97]. Il legislatore vuole che requisito del contratto sia un accordo, ma non richiede che la volontà di entrambi i contraenti sia effettiva, né richiede che la presenza del consenso debba essere verificata, di volta in volta, in concreto. L'accordo che il legislatore prende in considerazione, e a cui affida la forza di legge, è l'incontro dei consensi che sia rispettoso di un procedimento legale, che, come tale – in quanto, cioè, fatto di previsioni generali ed astratte – è fissato *a priori,* una volta per tutte. Ne sono prova proprio le norme dettate in tema di vizi della volontà, lì dove il legislatore tende, appunto, ad oggettivizzare le condizioni di rilevanza dei fattori perturbativi del consenso[98].

---

difficilmente confutabile) come ‹‹il giudizio [di ingiustizia] non possa circoscriversi all'equilibrio contrattuale…ma debba estendersi alla considerazione di tutte le circostanze e condotte che dell'operazione negoziale costituiscono il contesto, ed in particolare, di quelle attinenti alle trattative e alla formazione del contratto, risultandone…screditato il perseguimento di una *substantive justice*››, p. 170.

[97] Per una sintesi, sul punto, si v. ROPPO, voce *"Contratto"*, cit., 87 ss. ed anche ID, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, in particolare le pp. 25 ss. e 35 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna -Roma, 1970, p. 3 ss.

[98] Il che, come nota ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 37, è conseguenza della caduta (o dell'affievolimento) del c.d. dogma della volontà, del quale è un corollario quello per cui ‹‹qualunque fatto problematico, che tocchi la volontà del contraente, mette in discussione il contratto e i suoi effetti››. In opposizione a tal concezione, sta invece la scelta dei codici moderni, di rendere rilevanti solo qualcuno fra tali fatti problematici , previamente tipizzati, e precisamente determinati nel loro contenuto (ad es., stabilito che l'errore è uno fra tali fatti problematici poi si restringe il suo campo operativo ad alcune ipotesi soltanto, art.1429 c.c., e a patto che sia riconoscibile ad una stregua oggettiva, art. 1432; stabilito che la minaccia faccia altrettanto parte di codesti fatti problematici, la si connota a propria volta in termini oggettivi, prevedendo che la stessa sia "tale da far impressione sopra una persona sensata…" etc.). Ed è in questo senso che si intendeva l'affermazione per cui, nell'ottica del legislatore il contratto ‹‹interviene tra due persone, considerate in generale e facendo astrazione da ogni loro determinazione materiale (ossia in quanto meri soggetti giuridici astratti)››, BARCELLONA, *Clausole generali*, cit., p. 276 s. Sul tema, in senso critico rispetto alle scelte del legislatore, e agli interpreti che ritengono di dovervi ubbidire (essendo il positivismo

Il rispetto della procedura è sufficiente per affermare che il consenso è stato prestato, che l'accordo è stato raggiunto; a tali condizioni nessuno potrà, poi, sindacare il merito del contratto: affermare, vale a dire, che esso sia giusto od ingiusto. Opera, anche in questo campo, il principio *volenti non fit iniuria*[99]. Chi ami le formule brevi potrà dire che presupposto del diritto contrattuale è l'equilibrio soggettivo, e non è l'equilibrio oggettivo: la parità formale dei contraenti l'uno di fronte all'altro fa presumere che ciascuno abbia determinato il contenuto del contratto nel modo per sé più conveniente[100].

Ciò che si cercherà di dimostrare, tornando alla disciplina dell'*Unfair exploitation*, è che la stessa non si ponga in totale discontinuità rispetto a queste linee fondamentali. In particolare, lo spirito di questa norma sembra riposare sulla constatazione che, in linea di principio, il contratto continua ad essere il frutto dell'autonomia delle parti e che l'eventuale iniquità del suo contenuto - in quanto attributivo ad una di esse un *excessive benefit* od un *(grossly) unfair advantage* – non costituisca per sé un fattore con portata distruttiva rispetto al ruolo svolto dall'accordo, e *quindi* della stessa autonomia contrattuale[101].

---

giuridico ritenuto null'altro che un'ideologia): DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione"*, cit., p. 797 ss.

[99]La considerazione è condivisa dai più, anche nella dottrina più recente, e si v. la nota 80. Si consideri, in ogni caso, quanto scriveva R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale,* cit., p. 3: ‹‹il contratto si identifica ormai con il consenso od incontro di volontà degli stipulanti inteso a realizzare gli effetti giuridici voluti, in cui si attua, secondo una visione realistica, lo strumento più idoneo per regolare i rapporti privati in termini che, costituendo l'espressione di una *libera determinazione tra eguali*, sembrano essere quelli soltanto soddisfacenti ed altresì *i più giusti*››. Seguivano a tela considerazione, comunque, valutazioni critiche in relazione alla effettiva capacità del contratto di svolgere un tale ruolo. Segno, questo, di come il dibattito sul c.d. contratto giusto non sia affatto nuovo.

[100]Sul tema possono leggersi le parole, estremamente moderne, di CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (studio preliminare)*, Perugia, 1979, *passim*, ma spec. le pagine da 3 a 10, ove si espone, non senza accenti critici, l'impostazione codicistica dell'autonomia contrattuale, intesa «in senso puramente formale», cioè ponendo in disparte le reali diseguaglianze fra cittadini secondo il principio di «equivalenza soggettiva delle prestazioni». Al contempo, affermato un tale principio (c.d. equilibrio soggettivo), si nega cittadinanza al principio di equivalenza oggettiva delle prestazioni che «inteso senza ulteriori specificazioni, appare un'idea cervellotica agitata talvolta senza risultato…ed ora, come in passato, in contrato coi valori sociali». L'A. individua, invece, quale sistema più avanzato quello tedesco, che al § 138 detta una regola generale capace, in date ipotesi, di mettere in discussione siffatti principi.

[101] E del resto non si può che osservare, con NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale* cit., p. 416, che «postulare come regola generale che il risultato contrattuale possa essere contestato in nome di una giustizia ad esso estrinseca vuol dire inficiare non solo l'idoneità dell'accordo a

L'intangibilità del contenuto contrattuale, vale a dire, è un valore da preservare né equilibrio oggettivo del contratto ne diventa, tramite queste previsioni, un requisito, e nemmeno esso può essere imposto ai contraenti a prescindere da un eventuale fallimento riscontrabile nella fase di formazione della regola privata.

La norma incide, semmai, sul fronte del c.d. equilibrio soggettivo del contratto, ciò in quanto vengono allargate, ed in misura assai rilevante (seppur con un'impronta tipizzante), le circostanze al ricorrere delle quali può dirsi che il consenso non è stato liberamente prestato[102]. Il contratto rimane sostanzialmente frutto di un procedimento, ma di un procedimento che dà un esito intangibile se ed in quanto svoltosi in modo "giusto": prendendo in considerazione, cioè, i contraenti, non come soggetti giuridici astratti, ma valutando la loro concreta attitudine a decidere se e a che condizioni stipulare.

Tutto ciò può dirsi affermando che l'*unfair exploitation* rappresenta un modello di giustizia contrattuale c.d. procedurale: nessuna oggettivazione della

comporre, attraverso il potere dei privati, un conflitto di interessi, ma la stessa vincolatività dell'impegno e l'attitudine della dichiarazione contrattuale ad ingenerare un affidamento. In una parola si cancella il contratto e si smentisce l'esistenza di un'autonomia dei privati». Sostanzialmente simile è pure l'insegnamento di BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2001, p. 194: «Non esiste una regola generale che risolva il problema della giustizia contrattuale in termini assolutamente indipendenti tanto dal comportamento dei contraenti e dalla distribuzione dei poteri di fatto quanto alla presenza di palesi fattori di alterazione della libertà del mercato concorrenziale».

[102] In tal senso, dunque, la norma in parola parrebbe fare un passo indietro nella storia del contratto, verso una più intensa protezione della volontà individuale, ad es. DI MAJO, descrive la norma di cui all'art. 4:109 PECL come «ancora tributaria di un rapporto alterato di libertà», *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 31. Più criptica, ma certamente opposta a quella appena riferita, è invece l'opinione di PAGLIANTINI, , *Ancora sulla "saga" dei derivati (note minime sul principio di effettività e sui c.d. vizi del XXI secolo)*, in *Le nuove leggi civ. comm*., IV, 2016, 808 ss. il quale nota come il «costante richiamo che il *soft law* fa ad un "vizio" di *gross disparity* è senz'altro indice di un'impostazione che riconnette l'annullabilità ad un catalogo empirico di *fatti* causativi di un'alterazione del volere ovvero, per chi dovesse riconoscersi nell'idea di un'impugnativa legata piuttosto alla lesione dell'interesse contrattuale, alla circostanza che detti fatti abbiano inferto alla vittima un pregiudizio patrimoniale. Non dunque, come di primo acchito potrebbe pensarsi, un'impostazione di stampo (neo)volontaristico incentrata sulla struttura del vizio perturbativo». Come si vede la considerazione finale parrebbe aver sciolto l'alternativa posta nel primo periodo, nel secondo senso della stessa.

tutela contro l'ingiustizia del contratto, dunque, bensì preoccupazione a che l'autonomia delle parti sia esercitata in modo *autenticamente libero ed effettivo*[103].

Ove si volesse una conferma di tutto ciò sarebbe sufficiente leggere il commento al DCFR, lì dove si tratta dei principi cardine su cui questo è basato: libertà, sicurezza, giustizia, efficienza. Con parole inequivocabili si spiega che «non si delinea alcuna incompatibilità tra libertà contrattuale e giustizia…in alcune situazioni, la libertà contrattuale, per sé e sola, conduce alla giustizia»[104], e ciò addirittura citando la nota affermazione di Fouillée – divenuta per taluni manifesto dell'odierna "ingiustizia" del contratto -: *Qui dit contractuel, dit juste*[105]. Ma si spiega pure che libertà contrattuale deve significare «*genuine freedom to contract*»[106], con ciò giustificandosi la previsione dell'*Unfair exploitation*.

Più in generale, risulta confermato da parte dei redattori del DCFR, come le linee assiologiche su cui il progetto di codificazione europea risulta eretto, è quella di una economia di mercato aperta, ed in libera concorrenza[107]. Ma non può darsi,

---

[103] E questa è esattamente la prospettiva adottata dal DCFR: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 48. Va notato, al riguardo come s'affermi che ‹‹many of the rules which are designed to ensure genuine freedom of contract can also be explained in terms of contractual justice››, il che ha senso ove si discorra di una giustizia contrattale procedurale. Eguali considerazioni possono svolgersi anche relativamente alla disciplina degli obblighi di informazione precontrattuale, che nel DCFR riceve apposita disciplina, anche dal punto di vista rimediale. Anche per D'AMICO*, La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita*, in MEZZASOMA, V. RIZZO e LLAMAS POMBO (a cura di), *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, 2015, p. 122, la norma mirerebbe sostanzialmente ad ampliare le ipotesi di annullamento del contratto per vizio del consenso, seguendo una direttiva preclusa all'interprete, per la tipicità, appunto, delle cause di annullabilità. Sul punto si v. anche D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 183 s.: ‹‹se ci si domanda quali cause possano determinare la stipulazione di un contratto le cui condizioni economiche-normative possano dirsi sperequate, può…pensarsi a ragioni personali ma obiettive (bisogni) o a motivi soggettivi (desideri, preferenze, percezioni di bisogni) o ad anomalie delle condizioni soggettive che inducono ad accettare condizioni sfavorevoli; a condotte non corrette…›› con ciò sottolineando come l'unica forma di giustizia contrattuale pensabile, sia procedurale; MOSCATI, *Autonomia privata, libertà del consenso e giustizia contrattuale*, cit., p. 573 ss., spec. 591 e 594.

[104] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 49, nostra traduzione. Il testo inglese recita: ‹‹freedom of contract, without more, leads to justice››.

[105] FOUILLÉE*, La science sociale contemporaine*, Parigi (Hachette), 1880, p. 440.

[106] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* cit.*,* p. 68.

[107] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 76. L'affermazione ricorre a giustificare i doveri precontrattuali di informazione, i quali, nell'ottica in discorso, proprio occorrono a rendere più competitivo il

e non occorrono troppe parole per giustificare tale assunto, un ordinamento che sul libero mercato sia fondato, e che non riconosca, in pari tempo, ampi margini di operatività alla libertà contrattuale[108]. Non è un caso, allora, che discorrendo del contratto e della trama di norme da cui esso è regolato, la libertà contrattuale rimanga al centro, essendo definita come «starting point»[109]. Né è un corollario il principio di «minimum intervention»[110]: è a dire, cioè, che l'intervento del legislatore, in ambito contrattuale, deve essere il più possibile limitato e, lì dove tale intervento sussiste, l'orizzonte è individuato pur sempre nel consentire ad entrambe le parti di poter esplicare al meglio la propria libertà contrattuale, e non già a reprimerla predisponendo meccanismi alla stessa alternativi (a dire il vero risulta più eloquente il novero di espressioni usato nell'introduzione al DCFR, specie lì dove si afferma come obiettivo primario sia quello di consentire ai contraenti di «arrange their affairs as they wish»[111]).

Se questo è lo spirito entro cui si muove il DCFR, è alla luce di tutto ciò che andrà valutata la disciplina dell'*unfair exploitation*: la chiave di lettura migliore per

---

mercato, ed eventualmente a rimediarne i fallimenti. Una tale funzione non pare estranea a quella svolta anche dall'*unfair exploitation*, sebbene, per quest'ultima, sia più marcato il fatto che l'obiettivo perseguito è anche (non solo) la giustizia.

[108] Come nota la migliore dottrina francese, infatti, «il *laisser faire* si completa implicitamente con il principio del *laisser contracter»* così VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto,* cit. p. 22, facendo riferimento a GHESTIN, *Les obligations. Le contrat: formation*, cit., p. 178 ss. Anche nel nostro ordinamento, come si sa, la libertà contrattuale è vista come parte della libertà di iniziativa economica, tanto che, i più, rinvengono il fondamento legale della prima proprio all'art. 41 della Costituzione. Per tutti, sul punto MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, p. 2 ss.

[109] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 48.

[110] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 53.

[111] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 54. Non si possono, allora, che condividere in linea di massima le conclusioni a cui giunge anche PERFETTI: «il contratto equo o *giusto* — inteso come quello contrassegnato da un equilibrio delle prestazioni — non rappresenta un valore in sé da tutelare con interventi di manipolazione della regola privata finalizzati a riequilibrarla se non quando lo squilibrio dipenda da una patologia del volere, o da una particolare condizione di debolezza di uno dei due contraenti. Del resto, quello del *minimo intervento* sul contratto è uno degli obiettivi dichiarati degli autori del DCFR, nella convinzione che *freedom of contract without more, leads to justice*; infatti, *if* (...) *the parties to a contract are fully informed and in an equal bargaining position when concluding it, the contents of their agreement can be presumed to be in their interest and thus just», La giustizia del contratto,* cit., p. 678.

interpretare la disposizione consiste nel porvi al centro non tanto la componente - pur imprescindibile - dell'iniquità dell'assetto d'interessi divisato dai contraenti (l'ingiusto profitto od il vantaggio iniquo), quanto piuttosto le condizioni al ricorrere delle quali un tale assetto è consentito sindacare, e trattasi di condizioni attinenti, per così dire, a profili soggettivi, ossia a caratteristiche e condotte delle parti.

Di più, solo dando centralità a questo profilo potrà essere restituito un senso proprio all'espressione "ingiusto profitto o vantaggio iniquo", non dando per scontato, come spesso accade, che con ciò si alluda ad uno squilibrio nel contenuto del contratto, e men che meno ad uno squilibrio economico (i.e. ad una sproporzione fra prestazioni).

Sarebbe, questa, un'interpretazione, intanto, antiletterale, che non pare consentita se non autorizzata (almeno) da coordinate assiologiche che nel caso, come s'è visto, mancano. E sarebbe pure interpretazione non sistematica, avendo la norma in parola un ambito applicativo ben più ampio rispetto a quello dei contratti sinallagmatici, dei quali solo può discutersi se vi sia o no rispondenza fra (i valori di) prestazione e controprestazione.

In particolare, così impostando le linee del discorso, può affermarsi che il significato *minimo* di vantaggio eccessivo o ingiusto, vada a connotare, avuto riguardo al senso complessivo della disposizione, *una scelta contrattuale anomala, in quanto pregiudizievole per una delle parti che a questa si vincola, e che non risulta giustificabile se non alla luce di una sua peculiare condizione di debolezza, di cui l'altro contraente abbia profittato* (conoscendola, o essendo tenuto – per l'evidenza della debolezza stessa, o il carattere manifesto dell'anomalia che questa ha permesso - a conoscerla).

Ed in questo senso la difformità del contratto rispetto al mercato (cioè la sproporzione tra le prestazioni) può essere un requisito di cui tener conto, ma non sarà senz'altro un elemento dirimente, giacché si tratta di un criterio troppo rigido ed in qualche modo cieco rispetto alla soluzione dei problemi che l'*unfair exploitation* pone.

Questa logica trova riscontro, in modo particolare, in uno degli esempi proposti nei commenti al DCFR (e tratti pedissequamente dai PDEC).

Si fa il caso di una vedova, X, che viva con numerosi figli in una casa grande ma ridotta male. Il vicino, Y, desidera acquistare l'immobile e sfruttando la fiducia che la donna ripone in lui, riesce ad ottenere che la stessa acconsenta alla vendita, che – si noti - avviene a prezzo di mercato. Y, tuttavia, tace (consapevolmente) la circostanza per cui la donna, col corrispettivo ottenuto, non sarà in grado di trovare nessuna altra abitazione per sé e la propria famiglia nei dintorni. Il contratto, in tal caso, viene definito annullabile.[112]

Come si vede, allora, interesse della norma è quello di reprimere i contratti che risultino in quale modo frutto di una *scelta anomala*, o, se si preferisce, irragionevole. Quel che conta, però è che nell'ottica emergente dal DCRF tale è la scelta non tanto difforme rispetto al mercato (*i.e.* difforme rispetto alla miriade di negoziazioni relative a beni simili), bensì quella che, recando pregiudizio al soggetto che la pone in essere, non si spiegherebbe se non alla luce della sua condizione di vulnerabilità, di cui l'altra abbia abusato.

Ciò chiarito, allora, non resta che constatare come la *ratio* della norma sia quello di tutelare la consapevolezza e la razionalità nel contrarre della parte debole, a fronte di caratteristiche sue proprie, che possono rilevare nella fase di formazione del vincolo, *alla stregua* di un vizio del consenso, conducendo a scelte pregiudizievoli.

Si potrebbe osservare che, allora, la norma così intesa finisca, sul punto, per dire l'ovvio, giacché non potrà certo dirsi che il requisito dell'ingiusto profitto o vantaggio iniquo, come sopra inteso – ossia come connotante una scelta che si riveli anomala perché reca pregiudizio al soggetto che la pone in essere - sia un qualcosa di cui vadano scevri gli altri vizi del consenso[113]. Anche il contratto di chi cade in

[112] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 533. Si riporta l'esempio per intero: ‹‹*Illustration 5* X, a widow, lives with her many children in a large but dilapidated house which Y, a neighbour, has long wanted to buy. X has come to rely on Y's advice in business matters. Y is well aware of this and manipulates it to his advantage: he persuades her to sell it to him. *He offers her the market price* but without pointing out to her that she will find it impossible to find anywhere else to live in the neighbourhood for that amount of money. X may avoid the contract.›› (cors. nostro).

[113]Di tutti i vizi del consenso, difatti, si può affermare che pregiudichino un corretto esercizio dell'autonomia privata, conducendo ad una scelta non ragionevole. Sul punto, v. ad es. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 779 s., lì dove per pregiudizio non deve intendersi, ben inteso, un solo pregiudizio patrimoniale.

errore, sia raggirato, o sia minacciato, costituisce per questi una scelta anomala, che – in senso lato – si rivela pregiudizievole. E tuttavia, le norme che tali vizi disciplinano, non richiedono – né consentono – che l'invalidità possa esser pronunciata solo a seguito di un controllo (anche) di merito del contenuto del contratto[114].

Altrettanto agevolmente, però, il dubbio può essere sciolto sol che si consideri il fatto che l'errore, il dolo, o la violenza, sono eventi che si verificano proprio e solo nell'ambito della trattativa, e che non possono non avere efficacia causale rispetto alla conclusione di un contratto, che pertanto non costituisce espressione di consapevole estrinsecazione dell'autonomia contrattuale. Se questo è vero, risulta del tutto normale che il contratto possa esser annullato, quale che ne sia poi il contenuto.

Diversamente è a dirsi, invece, della situazione di chi sia in una situazione di dipendenza, fiducia, difficoltà economica, bisogno, o sia ignorante, inesperto, improvvido o inabile a trattare. Giacché trattasi di circostanze che assurgono al ruolo di caratteristiche, in un certo senso *costanti*, di un soggetto, che non è detto poi debbano necessariamente emergere nella fase della formazione del contratto, e risultare determinanti per la sua conclusione o per la determinazione del suo contenuto.

Errore, dolo, violenza, nascono ed esistono solo nella formazione del contratto, mentre le ipotesi di debolezza prese in considerazione dall'*unfair exploitation* no.

I primi tre *viziano il consenso*, le altre circostanze *lo possono viziare*: ma per verificare se ciò sia avvenuto, sarà per forza di cose necessario riscontrare il ricorrere di altre circostanze e la migliore verifica consiste in un controllo di merito

[114] Tutto ciò salvo non si intenda seguire l'insegnamento di LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964 (rist. Napoli, 2010), *passim*, la cui tesi (di cui può leggersi una sintesi alla p. 9 dell'opera cit.) è così sintetizzabile: «la sanzione dell'annullamento non si ricollega unicamente al fattore turbativo o all'esame della sua natura, *ma anche al riflesso che tale situazione sia venuta in concreto ad assumere nella vicenda* contrattuale: cioè all'evento causato dal fatto, attraverso l'individuazione delle conseguenze dannose che lo stato precario del soggetto abbia determinate *sul contenuto del contratto* e sui suoi effetti» (cors. nostro). Per una (definitiva) confutazione di tale tesi (che del resto, ha avuto un qualche credito solo recentemente) si v. già SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 360 ss.

dell'accordo o delle conseguenze prodotte dallo stesso nella sfera giuridico-patrimoniale delle parti[115].

Ove questo, poi, riveli una scelta anomala, la verifica avrà esito positivo: il consenso si intenderà viziato[116].

Non contraddice ma anzi avvalora questa logica il fatto che ulteriore requisito sia l'abuso dell'altro contraente. Basta leggere la norma, infatti, per capire che l'*exploitation* di cui si discorre è in realtà ridotta anche a mera conoscenza o conoscibilità dello stato di debolezza del proprio *partner* contrattuale. In altre parole, i rimedi previsti dalla norma non scattano innanzi alla buona fede del contraente il cui consenso non è viziato, ed il cui affidamento riposto sulla validità del contratto merita d'essere tutelato.

Questa interpretazione, oltre a conciliarsi con tutti gli esempi di *unfair exploitation* proposti dai redattori del DCFR e dei PDEC, rende giustizia anche della collocazione sistematica della norma, giacché quello che con essa s'intende tutelare è precisamente la pienezza del consenso dei contraenti. Pensare che il necessario controllo di merito dell'accordo renda estranea da questo tema la norma in esame significa trascurare il fatto che si tratta di elemento necessario proprio ai fini della verifica della sussistenza del vizio del consenso.

---

[115] Del resto si osservi che anche nel nostro ordinamento, lì dove si prendono in considerazione condizioni di consenso turbato o debole che esistono indipendentemente dal momento di formazione della regola contrattuale, ad esse si affiancano altre circostanze, per far scaturire effetti invalidanti. Basti pensare a tal proposito al caso dello stato di pericolo, o dello stato di bisogno, e dell'incapacità naturale. La loro riconducibilità ai vizi del consenso viene tradizionalmente negata facendo leva sul fatto che si tratta di fattori che *di per sé* non assumono alcuna giuridica rilevanza (essendo necessari rispettivamente l'aver contrattato a condizioni inique, la lesione *ultra dimidium*, e la mala fede dell'altro contraente risultante dal pregiudizio arrecato all'incapace). Tuttavia la questione pare mal posta, poiché non si rinviene alcuna logica nel chiedersi, ad es., se lo stato di bisogno sia un vizio del consenso giacché è ovvio che chi contratta in tale condizione – a differenza di chi è in errore, raggirato o minacciato - può anche esercitare in modo ragionevole e regolare la propria libertà contrattuale.

[116] Ci si può aiutare nell'esprimere tali considerazioni, con un esempio. Si immagini che A., giovane e inesperto, si avvalga negli affari delle competenze dell'amico B. Si immagini che A e B inizino a trattare fra loro per la conclusione di una compravendita. Si può ipotizzare che A potrebbe, in ragione del proprio stato di inesperto, e della fiducia che lo lega a B, non esercitare in modo effettivamente pieno la propria libertà contrattuale. Ma basterà ciò per affermare che la volontà di A è una volontà viziata? Non se ne vedrebbe il senso. Solo un controllo sul contenuto, e sulle conseguenze dell'accordo, permetterà di rispondere a tale quesito.

Né, come si dirà ora, smentiscono più di tanto tutto ciò le previsioni, accanto all'annullamento del contratto, di due rimedi manutentivi: vale a dire l'annullamento parziale, e la modifica in conformità a buona fede e correttezza.

L'annullamento parziale, intanto, non è un rimedio consentito in ogni ipotesi, prevedendosi, al contrario, che il giudice non possa che disporre l'annullamento totale ove risulti irragionevole mantenere in vita il contratto senza la parte annullata[117]. Ciò precisato, pare chiaro come non sia affatto detto che annullare parzialmente il contratto significhi legare il contraente contro cui l'annullamento è diretto ad un assetto d'interessi non voluto[118]. Nulla preclude, vale a dire, che nella valutazione di ragionevolezza si possa tener conto proprio della volontà ipotetica delle parti, secondo un meccanismo simile a quello che domina la nullità parziale nel nostro ordinamento. Ed è, anzi, proprio un tale principio che emerge dal commento al DCFR, allorché si afferma non doversi disporre l'annullamento parziale ove ne risulti un contratto sbilanciato a favore della parte lo richieda.

Uguali considerazioni, poi, paiono essere sottese alla norma nel punto in cui permette al giudice, lì dove lo ritenga appropriato, di modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto sarebbe stato convenuto, ove la correttezza e la buona fede fossero state osservate.

Sancire, sulla base di tale previsione, il tramonto dell'autonomia privata, difatti, non pare affermazione congrua. Non lo è, tanto più, alla luce del complessivo spirito del DCFR, che una tale autonomia continua a porre al centro del sistema.

La modifica del contratto, perciò, sotto la guida della buona fede e della correttezza, dovrebbe rispondere alla logica dell'«autointegrazione». Vale a dire che muovendosi entro le coordinate fissate da queste clausole generali, il giudice

[117] Cfr. l'7:213: «Partial avoidance If a ground of avoidance under this Section affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidanceis limited to those terms unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to up hold the remaining contract».

[118] Questa, invece, era l'idea avvalorata da M. BARCELLONA *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., p. 266 ss.

dovrebbe integrare il contratto, in modo da sviluppare la logica intima implicita nell'accordo[119].

Il che potrà portare a ritenere inappropriata la modifica proprio lì dove risulti che il contraente contro cui la modifica è richiesta non avrebbe a quelle condizioni concluso il contrattato. Così ad esempio, ove una tale richiesta provenga dalla parte il cui consenso non risultava viziato, il giudice non dovrebbe modificare il contratto ove ritenga che il vizio dell'altro contraente sia stato *determinante* del consenso, mentre la modifica potrà aver luogo, lì dove si ritenga che questi avrebbe nondimeno concluso ma, appunto, a condizioni diverse.

Lì dove, invece, la modifica sia ritenuta appropriata, poi, non si vede come possa stupire il fatto che, specie trattandosi di contratti di scambio, la stessa abbia l'effetto di rimettere in linea il contratto con il mercato. Né ciò risponderebbe ad una logica di eterointegrazione autoritativa del contenuto del contratto, dato che sembra proprio inconfutabile la considerazione per cui «se le due parti non sono anormali, la volontà dei contraenti si appoggia al mercato» essendo quindi «la volontà ipotetica…quantificabile e individuabile»[120]. Ed il richiamo alla correttezza

[119] Questa è la nota visione di CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., p. XXXVII s., per il quale la buona fede e la correttezza fornirebbero l'immagine di un contratto «rimodellabile nel rispetto dell'equilibrio originariamente suo proprio, ma riguardato volta a volta di fronte a situazioni non previste che lo richiedano». L'affermazione pare basarsi sull'implicito presupposto che la situazione non prevista sia proprio un parziale annullamento del contratto (i.e. della clausola frutto di *unfair exploitation*), potendo ritenersi, una modifica, frutto di una integrazione del contenuto contrattuale, a fronte di una sua (parziale) invalidità. La definizione più chiara di autointegrazione viene, però, proprio da M. BARCELLONA: «la buona fede… opera a valle dell'esercizio del potere di autonomia e non permette di sindacare gli equilibri che esercitandolo le parti hanno raggiunto. Essa piuttosto si mostra chiamata a fronteggiare le complessità che insorgono a contratto concluso e che rischiano di destabilizzare l'equilibrio in esso raggiunto. La sua funzione, perciò, non è quella di ricondurre il contratto ad equità, bensì quella di preservare le proporzioni dell'affare che le parti hanno concluso, magari oltre la sua "lettera", ma sempre secondo il suo "senso"», *Della causa*, cit., p. 584.

[120]Così, con la consueta nettezza, SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., p. 19 ss. Più impegnativo, ed opinabile, invece è il prosieguo del discorso dell'A: «volontà, volontà ipotetica, pratiche, usi, mercato, sono termini equivalenti; sono termini equivalenti a questi ultimi anche giustizia, equità, compenso equo, misura equa. Una implausibile contrapposizione fra equità e mercato, fra equità e usi, fra equità, mercato e volontà ipotetica viene pur proposta. Si è così ignorato che il giudice alla ricerca dell'equità trova davanti a sé due soli modi di quantificare la misura della prestazione: o trova il volere dell'autorità, ossia trova il calmiere, e allora qualsiasi ricerca sull'equità si blocca; o si rivolge alla spontaneità, e allora trova il mercato. Detto altrimenti, se c'è il calmiere non c'è posto pel giudizio di equità; se non c'è il calmiere, il parametro per l'equità è il mercato».

e alla buona fede vale a fondare proprio un giudizio di "normalità", imponendo al giudice di valutare che cosa sarebbe stato deciso tra le parti, ove l'anomalia nella formazione del consenso non vi fosse stata. Ma ad esempio - si può osservare - ove un contraente riesca, sfruttando la condizione di difficoltà economica dell'altro, a spuntare il prezzo di 5 per ciò che ha prezzo di mercato di (cioè normalmente è negoziato a) 10, non si vede come negare che conformare il contratto al mercato sia lo stesso che sviluppare l'ipotetica volontà di chi dalla contrattazione ha subito un pregiudizio. E se poi il giudice si convinca, alla luce del tenore complessivo dell'accordo, che pure in mancanza vizio del consenso, e per le più svariate ragioni, i contraenti avrebbero ugualmente contrattato fuori mercato, non potrà che muoversi preservando tale logica (o, constatato che, per le sue peculiarità, tale logica non è sviluppabile se non dalle parti, annullare l'intero contratto).

Tali considerazioni valgono a dimostrare come non sia consentito, di per sé, inferire dal contenuto della norma il declino dell'autonomia privata.

Allo stesso modo non può negarsi, perché vorrebbe dire andar contro l'evidenza, che tutte le previsioni citate, pervase come sono di clausole generali o concetti, comunque, indeterminati (quali sono quelli di buona fede, correttezza, ragionevolezza, appropriatezza) tendano a consentire sempre più ampi margini d'intervento del giudice sull'atto di autonomia. Con quel che ne consegue in punto di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Non è da ritenersi casuale, dunque, il fatto che almeno la previsione di tale potere conformativo in capo al giudice non sia stata a suo tempo riprodotta nella proposta di CESL.

Tirando le fila del discorso, dunque, non resta che ribadire come la previsione in esame si collochi a ragione nell'ambito dei vizi del consenso, essendo posta, appunto, a presidio della genuina formazione della volontà contrattuale. L'autonomia privata continua a dominare anche nell'ambito di operatività dell'*unfair exploitation,* la quale si prefigge l'obiettivo di renderla sempre più effettiva, e sempre meno formale.

Del resto, si osservi come alla stessa logica rispondono altri interventi, non poco eccentrici rispetto al tradizionale diritto contrattuale consegnato anche al nostro codice civile, quali sono quelli disciplinanti, in primo luogo, gli obblighi di informazione. Sul punto si tornerà in seguito ma, per ora, merita di essere

sottolineato il fatto che proprio aver generalizzato, nel DCFR e nei PDEC, un generale obbligo di informazione nella fase delle trattative – ed aver poi, a certe condizioni, reso un vizio del consenso l'inadempimento di questo – si muove entro le medesime direttive dell'*unfair exploitation*: quelle, vale a dire, di un intervento teso non già ad un controllo indiscriminato del merito delle convenzioni private, ma a garantire che esso sia piuttosto l'esito una libera e piena esplicazione dell'autonomia contrattuale.

L'immagine, per dirla col lessico prima adoperato, è quella sì di un contratto giusto e valido se esito di un procedimento formativo legale e nulla più; ma in un contesto in cui i requisiti di legalità di questo procedimento si fanno sempre più numerosi e stringenti[121].

## SEZ. II. *UNFAIR EXPLOITATION* E DIRITTO POSITIVO.

### 1.2.1. L'*unfair exploitation* nel diritto continentale. Il contratto contrario ai buoni costumi nel paragrafo §138 del BGB. L'abuso di dipendenza nel novellato diritto delle obbligazioni e dei contratti del *Code civil*. L'abuso delle circostanze nel Codice civile olandese.

[121] Del resto, questa è la visione cui accede la migliore dottrina. Si vedano, con varietà di posizioni, ma seguendo quella che pare una medesima direttrice, MOSCATI, *Autonomia privata, libertà del consenso e giustizia contrattuale*, cit., p. 594, ove s'afferma come sarebbe in atto ‹‹il naturale compimento di un processo evolutivo *interno* al tradizionale diritto contrattuale, nel senso di una protezione sempre più intensa della manifestazione del consenso›› (cors. nostro); SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 24: «lottare per la giustizia contrattuale significa lottare per il mercato, cioè per la concorrenza e poi lottare contro le circostanze che possono menomare, nell'operatore, la sua capacità di accedere al mercato, cioè proteggere il contraente contro i vizi della volontà…la giustizia contrattuale si realizza attuando il sistema della concorrenza e cautelando il contraente contro i vizi della sua volontà»; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 37, ove si afferma come non sia mai «rilevante lo squilibrio in sé, ma in quanto frutto di un abuso o di un contegno di mala fede con un ampio utilizzo delle clausole generali». Il che, come ben spiegato, seppure con qualche accento critico, da ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico*, cit., p. 520, costituisce il tentativo di ‹‹recuperare le problematiche connesse alll'asimmetria del potere contrattuale attraverso gli istituti consueti del diritto del contratti e *preservando la logica sottesa alla legittimità procedurale nella formazione della regola contrattuale*…lo squilibrio…è l'effetto e non l'antecedente del fatto, il cui fondamento…insiste in una patologia genetica del contratto›› (cors. nostro).

Come detto in precedenza, i PDEC ed il DCFR costituiscono il precipitato di un'elaborazione dottrinale che ha inteso fare il punto dei vari ordinamenti di diritto positivo degli stati membri dell'Unione, con una disciplina equidistante da ognuno di essi. Anche la previsione dell'*unfair exploitation*, perciò, risente di tale derivazione non essendo un'invenzione dei redattori dei progetti suddetti.

Essa ha, difatti, il suo precedente più immediato nel Codice civile tedesco, ed in particolare al § 138[122]. La norma, più in particolare, sancisce al suo primo comma la nullità dei negozi contrari al buon costume. Nel comma 2°, dai più[123] ritenuto una mera specificazione della regola enunciata nel primo, viene sanzionato con la nullità il contratto attraverso il quale taluno «sfruttando lo stato di costrizione, l'inesperienza, la mancanza di discernimento o la rilevante debolezza della volontà di un altro, si lascia promettere o lascia promettere ad un terzo vantaggi patrimoniali per una prestazione che si pongono in evidente sproporzione rispetto alla prestazione»[124].

Come si vede, la norma è in buona sostanza simile a quelle disciplinanti l'*unfair exploitation*, ricollegando una forma d'invalidità ad una anomalia del contenuto del contratto – riconducibile, qui e senza dubbio ad una sproporzione tra le prestazioni del medesimo – e ad una "debolezza" del contraente pregiudicato dalla negoziazione.

---

[122] La derivazione dell'art. 4:101 dei PDEC dal §138 del BGB è riconosciuta generalmente nella dottrina, si v. a tal riguardo, per tutti, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattale*, cit., p. 262. Di contrario avviso, invece, PAGLIANTINI*, Ancora sulla "saga" dei derivati*, cit., p. 808 ss., che definisce l'*unfair exploitation* come «figura notoriamente ignota al BGB».

[123]Per tutti: MAYER-MALY, in *Münchener Kommentar zum BGB* 3, Aufl., I, Beck, 1994, sub §138, nn. 21 ss. La valutazione è presente anche nella dottrina italiana, si veda ad es. CASTRONOVO, per il quale ‹‹l'articolazione quasi casistica che nell'Absch. 2 'concretizza' la contrarietà ai buoni costumi di cui all'Absch. 1 del § 138 BGB››**,** *Diritto privato e realtà sociale*, cit., p. 771; FRANCESCO BENATTI, *Arbitrato di equità ed equiibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ*., III, 1999, p. 837 ss.: «La dottrina si evolve, dunque, nel senso di un più attento controllo dell'equilibrio originario delle prestazioni, qualora esso dipenda da un anomalo processo di formazione del contratto. Sul piano del diritto positivo il principale riferimento è il § 138, comma 2°, BGB che reprime il negozio viziato da abuso del bisogno, della leggerezza e dell'inesperienza altrui, *facendo di questi tre abusi mere specificazioni di un più generale vizio ricollegato alla contrarietà ai buoni costumi*» (cors. nostro); SACCO, secondo cui quelli del secondo alinea sarebbero «semplici esempi di un più generale vizio, riconducibile alla contrarietà al buon costume», *Il contratto*, cit., p. 610.

[124] Questa è la traduzione del § 138 proposta in *Codice civile tedesco*, Bürgherliches Gesetzbuch (a cura di S. PATTI), Milano, 2013, p. 69.

Vi sono, d'altra parte, diversità di fondo. La prima è data, com'è evidente, dalla collocazione sistematica della norma. Il legislatore tedesco avrebbe inteso, stando almeno ad alcune letture della disposizione, risolvere non tanto un problema di consenso e di volontà viziata, quanto piuttosto sanzionare, con la forma più grave d'invalidità, i contratti che rechino un contenuto squilibrato; ed è esattamente su quest'ultimo elemento che si appunterebbe la riprovazione dell'ordinamento[125].

A fronte di posizioni contrattuali totalmente sperequate, vale a dire, l'abuso dell'altrui debolezza può finire per degradare al rango di elemento presunto, talvolta addirittura in modo assoluto, vale a dire senza che sia possibile fornire la prova contraria della sua presenza[126].

A tal proposito è il caso di sottolineare come il concetto di contrarietà al buon costume, nell'ordinamento tedesco, comprenda pure i casi che, nel nostro ordinamento, sarebbero riconducibili alla contrarietà con l'ordine pubblico. Il contratto contrario al buon costume, dunque, non è solo il contratto moralmente riprovevole, ma pure quello da cui esitano regole inconciliabili con i principi (giuridici) che reggono l'ordinamento, ivi compresi i principi di c.d. ordine pubblico economico[127].

Il § 138, infatti, è applicato ad una pluralità di fattispecie fra loro assai diverse. Fra queste si annoverano almeno: l'ipotesi di negozio in frode alla legge, quella del negozio che risulti in contrasto con le libertà fondamentali (perché, ad

[125]Sul punto si fa rinvio, nella dottrina italiana, a BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata nel diritto tedesco*, in *Nuova giur.civ.comm*., I, 1995, p. 197 ss. ove si ricorda come la norma in parola, nel complesso «fornisce una valutazione di chiusura dell'autonomia privata, che appartiene ai divieti di carattere imperativo che l'ordinamento predispone». Più di recente SANCASSANI, *Gli accordi «gravemente iniqui» nella direttiva 2000/35/CE: l'attuazione dell'art. 3, comma 3, negli ordinamenti italiano e tedesco* in *Annuario di diritto tedesco (2005-2006)*, Milano, 2006, spec., riguardo al §138 BGB, p. 74 ss. Anche nel commento ai PDEC, fra l'altro annovera il § 138 del BGB tra le norme predisponenti una reazione contro ‹‹l'eccessivo profitto piuttosto che [la] protezione di un contraente particolarmente debole››, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 293.

[126] Al riguardo si v. GIANOLA, voce "Uncouscionability", nel *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg. V*, Torino, 2010, p. 1006 ss., ed ivi le note 47 e 48 per gli opportuni riferimenti bibliografici.

[127] Si v. sul punto, ancora MAYER-MALY, *sub § 138*, cit., 21 ss., LARENZ, *Lehbruch des Shuldrechts*, I *Band, Allgemeiner Teil*, 1987, Erster Teil, Kap. 1, § 4; e più di recente, MEDICUS, *Shuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 15. Auflage, Munchen, 2004, p. 71 ss. Nella dottrina italiana: SANCASSANI, *Gli accordi «gravemente iniqui»,* cit., p. 74 s.

es., realizzi una limitazione della libertà personale)[128], o che sia rivolto ad uno scopo illecito (quale, ad es. il recare danno a terzi), violativi dei buoni costumi, sono stati ritenuti, poi, pure il contratto col quale si configuri un abuso di posizione dominante[129], così come gli accordi gravemente iniqui di cui all'art. 3 comma 3° della direttiva 2000/35/CE[130]. L'ipotesi più nota è, però, quella relativa alle c.d. fideiussioni *omnibus* ottenute da parte di alcuni istituti di credito nei confronti di soggetti nullatenenti (prossimi congiunti del debitore principale), grazie anche alla violazione degli obblighi di informazione[131].

Quello che va sottolineato, al momento, è come nell'ordinamento tedesco sia presente una norma del tutto affine a quella disciplinante l'*unfair exploitation*, eppure la si sia inquadrata in una veduta differente rispetto a quanto fatto nei progetti di codificazione europea. L'abuso dell'altrui debolezza, vale a dire, non costituisce tanto un (co)elemento di un vizio del consenso, quanto piuttosto un fattore che, assieme ad altri, dà corpo ad un assetto di interessi che l'ordinamento

[128] Viene fatta applicazione della norma in esame, ad es. in materia di convenzioni matrimoniali o di accordi di divorzio, i quali sono sanzionati con la nullità, ove presentino una contenuto assolutamente sperequato (quasi unilaterale) in danno di un coniuge (sul tema ad es. SCHWAB, *La libertà contrattuale in caso di convenzioni matrimoniali e di accordi di divorzio nella recente giurisprudenza tedesca*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2003, Milano, p. 39 ss.

[129] Così, in assenza di previsione normative, opinava infatti la giurisprudenza tedesca in tempi non recenti, v. a tale proposito F. RITTNER, *Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb*, in AcP, 1988, 107.

[130] Norma che, nel nostro ordinamento, è stata attuata con l'art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, e che, invece, nell'ordinamento tedesco si è omesso di attuare con apposita norma, nella convinzione che la nullità ivi disciplinata fosse chiaramente riconducibile all'alveo del § 138. Sul punto si v. in generale SANCASSANI, *Gli accordi «gravemente iniqui»,* cit., p. 74 s.*;* COLOMBI CIACCHI, *L'attuazione in Germania della direttiva comunitaria sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2003, Milano, p. 300 ss.

[131] L'applicazione del § 138 in questi ambiti, così come in quello dei contratti di credito rateale, rappresenterebbero secondo parte della dottrina, il segno di una modernizzazione dell'ordinamento tedesco (cfr. ZIMMERMANN, *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni?*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2001, Milano, p. 69; ma di opposto avviso, nel senso di un uso delle clausole generali tale da mettere a repentaglio la stessa essenza dell'autonomia privata: MEDICUS, Abschied *von der Privateautonomie im Schuldrecht?*, Schmidt, 1994; su cui, BARENGHI, *Varietà nel dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca Borsa e Titoli di cred*., II, 1995, 101 ss.). La pronuncia giurisprudenziale più nota (tanto da essere esaminata ampiamente anche dalla dottrina nazionale) sul punto, è senza dubbio quella della Corte costituzionale tedesca (BVERFG) del 19.10.1993, su cui si tornerà ampiamente nel prosieguo del presente lavoro (sul punto si rinvia, nella dottrina italiana, a BARENGHI, *Una pura formalità*, cit., p. 197 ss., CAMARDI, *Tecniche di controllo*, cit., p. 831 ss., MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 160 ss.).

riprova e perciò vieta: un abuso-limite (all'autonomia contrattuale), piuttosto che un abuso-vizio. Con quel che ne consegue poi, benché il dato non vada eccessivamente enfatizzato, in punto di rimedi: la nullità e non l'annullabilità[132].

È il novellato *Code civil* francese, di recente, ad aver conosciuto un allargamento dei tradizionali vizi del consenso. Ciò non tanto e sul modello dei progetti di codificazione europea tramite l'introduzione di un quarto vizio, quanto piuttosto dando una nuova articolazione al tradizionale vizio della violenza, *sub specie* di violenza economica, e recependo così alcune indicazioni già da tempo provenienti dalla giurisprudenza[133], oltre che dalla dottrina. E ciò nel segno, peraltro, stando almeno alle relazioni di accompagnamento dell'*ordonnance* di riforma[134], della giustizia contrattuale, intesa almeno come (generica) istanza di protezione dei soggetti più deboli[135].

L'art. 1143 prevede così che «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard[136], obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif».

---

[132] Il che non ha impedito, comunque, a parte della dottrina di considerare il § 138 BGB come il punto di partenza per una disciplina moderna ed aggiornata in tema di vizi del consenso. In tal senso, ad es. SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., p. 610.

[133]Il che non significa, peraltro, che la nuova disposizione non tragga spunto proprio dai progetti di codificazione europea: sul punto ad es. A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del* Code Civil: *alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Pers. e mercato*, I, 2018, spec. p. 107 ss.; S. GRUNDMANN – M.S. SCHAFER*, The French and the German Reforms of Contract Law*, in *Pers. e mercato*, I, 2018, 20 ss., a cui si fa rinvio anche per valutazioni generali circa la nuova fattispecie. Si v. ancora, sul tema D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2016, 10432 ss.; FRANCESCA BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 5, 2016, p. 627 ss., cui si fa rinvio per ulteriori riferimenti dottrinali, ed in particolare a CHAGNY, *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, in *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016, p. 115 ss.

[134] Trattasi dell'*ordonnance* del 10 febbraio 2016 - *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* - in applicazione dell'art. 8 della *loi* n. 2015 -177 del 16 febbraio 2015. Per altre indicazioni, si v. A. GORGONI, *I vizi del consenso,* cit., p. 107 ed ivi la nota 1.

[135] Per ulteriori indicazioni in tal senso S. GRUNDMANN – M.S. SCHAFER*, The French and the German Reforms of Contract Law*, in *Pers. e mercato*, I, 2018, 12 ss.

[136] Le parole « à son égard» risultano introdotte a partire dal 1.10.2018, tramite la l. n. 287 del 18.4.2018. Trattasi di una modifica evidentemente volta a chiarire quello che già doveva ritenersi

Anche in tal caso, come si vede, la norma richiede, ai fini dell'invalidità del contratto, il ricorrere dei presupposti già esaminati per il caso dell'*unfair exploitation*: una situazione di minorazione dovuta ad una debolezza di un contraente nei confronti dell'altro causata, in tal caso, dal solo stato di dipendenza; l'abuso da parte del contraente forte di tale stato di minorità; l'anomalia della regola contrattuale che di tale abuso è l'esito.

Ovviamente solo la prassi potrà dire quale sarà l'effettiva portata della disposizione. In particolare, pare lecito chiedersi se la stessa avrà effettivamente un perimetro applicativo esteso all'intero diritto contrattuale, oppure se la stessa soffrirà di alcune limitazioni, risultando applicabile soltanto a qualche tipologia di contratto. Ad orientare verso quest'ultima opzione è senz'altro la prassi giurisprudenziale - che la norma, come detto recepisce - volta a far uso del vizio della violenza per sanzionare l'abuso di dipendenza economica, e specialmente nei contratti *fra imprese*[137]. Tuttavia, va notato come una siffatta limitazione non risulti consentita, avendo la riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti fatto della violenza economica proprio un vizio di portata generale. Tutto da comprendere, allora, il significato che verrà assegnato al concetto di dipendenza previsto dalla disposizione in parola[138]. Allo stesso modo solo la prassi applicativa potrà dire quale sarà il significato comunemente assegnato alla nozione di «avantage

implicito nella precedente formulazione, ossia che si ha violenza economica soltanto quando ad abusare dello stato di dipendenza, sia colui verso il quale tale dipendenza sussiste.

[137]Il collegamento tra violenza economica e dipendenza economica è sottolineato già da M. BOUDOT, *La giustizia contrattuale in Francia*, cit., p. 635, ed in particolare nota 20, alla quale si fa rinvio per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Di particolare interesse è però il riferimento al vecchio articolo 1112 del *Code civil*, che equipara alla violenza il fatto di approfittare di una paura o di un male che minaccia direttamente gli interessi dell'altra parte. Per un'applicazione si v. Cass. 1re civ., 3 avr. 2002 (Rec. Dalloz 2002), 1860, note Gridel. Per un'interpretazione restrittiva della nuova norma propende ora M. MEKKI, *Ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations*, 2016, Recueil Dalloz, 2016, p. 494 ss.

[138]Sul punto si v. A. GORGONI, *I vizi del consenso,* cit., p. 107 s., il quale, alla luce della dottrina francese, ritiene estensibile il nuovo vizio ad ogni ipotesi di dipendenza, ad es. quella dovuta ad uno stato di salute cagionevole, all'incultura, alla fiducia ecc.). Nella dottrina francese, più di recente: ANCEL, *Article 1142: violence economique*, in *RDC*, 2015, p. 747 ss.; N. DISSAUX-C. JAMIN, *Reforme des contrats, du régime générale et de prevue des obligations*, Dalloz, 2016, 46 s. Si v., in ogni caso, per un'intepretazione estensiva, anche S. GRUNDMANN – M.S. SCHAFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, cit., p. 23 ed ivi la nota 74, dove si spiega come le resistenze della dottrina nei confronti di un'intepretazione letterale della norma siano giustificate dal fatto che ‹‹the restriction to 'economic dependence' in former case law is still dominant as a paradigm››

manifestement excessif», il quale pare, invero, un concetto divergente perché più ampio rispetto a quello più tradizionale di *lesion* – da intendersi come sproporzione fra le prestazioni - e la cui derivazione dai progetti di codificazione europea appare abbastanza palese[139].

Ed in tal senso va sottolineato come nei vari progetti di riforma del *Code civil* che si sono succeduti prima che si addivenisse alla versione attualmente vigente, la norma relativa alla violenza economica, proprio in virtù della rilevanza assegnata alla componente oggettiva dello squilibrio, fosse stata inserita «nella parte relativa al contenuto del contratto»[140] piuttosto che in quella disciplinante i vizi del consenso.

L'annotazione può ritenersi utile in quanto dà evidenza al fatto che una fattispecie come quella in discorso, possa, proprio in virtù della sua natura composita – essendo, cioè, integrata al ricorrere di più coelementi perfezionativi di natura eterogenea – esser disciplinata in contesti differenti, e perciò interpretata, di conseguenza, tramite differenti chiavi di lettura.

Per esser più espliciti, risulta evidente come i problemi che una norma siffatta può involgere siano tanto relativi al contenuto del contratto - all'articolazione, vale a dire, del concreto assetto d'interessi cui le parti si sono vincolate -, quanto al procedimento che a quel contenuto ha condotto.

Esiste, dunque, nello scegliere a quale ambito ricondurre la norma, un inevitabile momento di discrezionalità da parte del legislatore, cui, però, non

---

[139] Tale valutazione emerge anche in D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, in *Riv. Dir. Civ*., IV, 2014, 1080 ss. secondo il quale, però, la previsione, nel punto in cui fa menzione dello squilibrio, sarebbe riconducibile al c.d. principio di proporzionalità. Si spiega, più in particolare che: «Al principio tradizionale…secondo il quale lo squilibrio contrattuale è il prezzo della libertà, se ne è venuto ad aggiungere un secondo che, da qualche decennio, coesiste con il primo nel diritto contemporaneo, e ai sensi del quale quando lo squilibrio contrattuale è eccessivo ed è l'esito dell'approfittamento della debolezza, della vulnerabilità o della dipendenza di un contraente dalla sua controparte, il giudice può intervenire per eliminare l'eccesso. Tanto nella giurisprudenza che nella legge, si è visto fiorire un numero significativo di regole e di decisioni che confermano e consacrano questo tipo di eccezione di "sproporzione (disproportion)" che è concessa al contraente della cui debolezza si è approfittato. Sarebbe pedante ricordarle tutte, pertanto ci si accontenterà di menzionare qui…la creazione del vizio di violenza economica…».

[140] D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte,* cit., p. 1086, il quale nota altresì come trattare l'abuso della dipendenza come problema di contenuto, aveva indubbiamente l'effetto di riconnettere siffatta patologia alla mancanza o illiceità della causa. Lo "spostamento" della norma all'alveo dei vizi del volere, è vista, allora, come conseguenza della scelta del legislatore di eliminare l'elemento della causa dai requisiti del contratto.

dovrebbe essere assegnata eccessiva rilevanza da parte dell'interprete. Risulta condivisibile, dunque, l'opinione di chi, nel confrontare la fattispecie in parola con il § 138 del BGB non vi ha ravvisato significative differenze[141].

Merita un cenno, infine, l'art. 3:44 comma 4° del Codice civile olandese (*Burgelijk Wetboek*) del 1992, il quale ha introdotto il c.d. ‹‹abuso di circostanze››. Esso costituisce un ‹‹quarto vizio del consenso››[142], configurandosi come fattispecie autonoma rispetto ad errore, dolo e violenza. L'abuso ricorre per il sol fatto che taluno conoscesse o potesse conoscere la situazione di difficoltà, la dipendenza, l'inesperienza o la sventatezza di un soggetto, e nondimeno l'abbia indotto illecitamente a compiere un atto giuridico. Come si vede, dunque, non è preso in considerazione l'elemento dello squilibrio nel contenuto contrattuale, né è disposto che chi abusi consegua un ingiusto profitto od un vantaggio iniquo[143].

La norma sanziona, così, come accade per le ipotesi di dolo e di violenza, semplicemente un comportamento[144].

### 1.2.2. L'area di *common law*. L'*undue influence* nella giurisprudenza di *equity*, ed i dubbi sull'esistenza di un generale principio di rilevanza dell'*inequality of bargaining power* e dell'*unconscionable bargain*. La dottrina dell'*uncouscionability* nel diritto nordamericano.

Il diritto inglese non conosce una previsione assimilabile all'*unfair exploitation*, e nemmeno alle norme di *civil law* riferite nel paragrafo precedente. Tuttavia, la casistica giurisprudenziale fa mostra del fatto di come sovente le corti di *equity*[145] abbiano dato rilevanza ad alcune posizioni di debolezza nella conclusione di un contratto, del tutto assimilabili a quelle prese in considerazione

[141] S. GRUNDMANN – M.S. SCHAFER, *The French and the German Reforms of Contract Law,* cit., p. 23.

[142] Per qualche cenno si v. M. HESSELINK, *Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile Europeo?*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo. Materiali dei seminari* (a cura di G. Alpa e E.N. Buccico) , 2001, Milano, p. 81.

[143] Al riguardo ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 9.

[144] Per ulteriori indicazioni si fa rinvio a GIANOLA, voce "Uncouscionability", cit., p. 1009.

[145] Sul concetto di *Equity* nel Common Law, si v., in generale, si v. MAITLAND, *Equity (a course of lectures),* Cambridge, 1949 e di recente WORTHINGTON, *Equity*, Oxford, 2006.

proprio da quelle norme, e tramite una tecnica di tutela basata su un allargamento dei più tradizionali vizi del consenso[146].

È il caso, anzitutto, dell'*undue influence* (influenza indebita). Essa presuppone fra i contraenti esista un particolare stato di fiducia o di confidenza, sul quale una delle parti faccia leva per indurre l'altra alla stipula di un atto che si riveli poi pregiudizievole[147]. Il rapporto di fiducia o di confidenza preso in considerazione deve, tuttavia, rivelarsi piuttosto stretto, in modo che possa con ragionevole certezza presumersi che la parte pregiudicata dalla contrattazione abbia in questo legame fatto affidamento, abbandonando le normali cautele che dovrebbero guidare nella conclusione di un affare. Può esistere *undue infuence*, ad esempio, tra familiari, tra minore e tutore, tra medico e paziente, ma anche tra avvocato e cliente, fra impiegato di banca e cliente[148]. In tali ipotesi la giurisprudenza non ritiene necessario che la parte debole del rapporto provi l'influenza indebita esercitata dall'altra, né la sua efficacia causale rispetto alla conclusione del contratto. In presenza di una relazione fiduciaria, e di un contenuto contrattuale irragionevole, l'assenza di una libera esplicazione dell'autonomia contrattuale si presume[149].

---

[146] Lo stesso commento ai PDEC fa esplicito riferimento, per giustificare la previsione dell'art.4:109, ad alcuni istituti di *common law* (l'*undue influence* e l'*unconscionable bergain* di cui si parlerà di seguito), *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 292 s.

[147]Si v., nella dottrina inglese: H.G. BEALE, *Duress and Undue Influence*, in Id. (gen. ed.), *Chitty on Contracts, Vol. 1, General Principles*, XXVIII ed., Londra, 1999, pp. 432 ss.; in quella italiana, per una prima analisi della materia: G. CRISCUOLI, *Timore reverenziale e approfittamento*, in *Riv. trim dir. proc. civ*., 1988, 374 ss. M. GRONDONA, Undue influence; unconscionable bargain; inequality of bargaining power: *poteri del giudice sul contratto e trasfarenza delle motivazioni*, in *Trusts e attività fiduciarie*, II/2003, p. 245 ss.; ID, *La tutela della libertà del consenso tra* "undue influence"*, dolo e squilibrio contrattuale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, II/2001, p. 227 ss.; A.M. BENEDETTI, *La moglie garante del marito, vero consenso o abuso di intimità familiare?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, II/2000, p. 208 ss. Interessante è notare come il primo fra gli A. citati, ritenga le ipotesi di *undue influence* riconducibili bel nostro ordinamento, al timore riverenziale, e perciò irrilevanti sotto il profilo della validità del contratto concluso sotto quell'impulso. Gli altri AA., invece, reputano la figura riconducibile rispettivamente al dolo e alla violenza morale, a patto, però, che di entrambi si accolga una nozione alquanto lata. Per una riflessione più completa sulla materia si v. nella dottrina italiana MELI, *La tutela della parte debole nel diritto contrattuale inglese*, cit., *passim*.

[148] Si v. a tal proposito, specie per la casistica in materia, H.G. BEALE, *Duress and Undue Influence*, cit., p. 432 ss.

[149] Sulla distinzione corrente, nella dottrina inglese, tra *actual* e *presumed undue influence*, si v. A.M. BENEDETTI, *La moglie garante del marito, vero consenso o abuso di intimità familiare?*, cit., p. 210.

Al di là del caso, abbastanza consolidato, dell'*undue influence*, e sulla base di questa, le corti, poi, hanno talvolta dato rilevanza anche ad altre situazioni di debolezza, quali ad esempio l'inesperienza, la povertà o la difficoltà economica, anche attraverso la c.d. *economic duress*, assimilabile alla violenza economica, lì dove una tale situazione di debolezza venga sfruttata dalla controparte, al fine di ottenere un contratto per sé vantaggioso[150].

Quel che è discusso, tuttavia, è se dalla casistica cui s'è fatto cenno, possa essere tratto un generale principio di rilevanza della c.d. *inequality of bergaining power*[151], il quale ricorrerebbe ove una parte abbia contrattato in una posizione di supremazia tale da poter imporre all'altra il contenuto del contratto. Si tratta, com'è ovvio, di un principio assai più ampio di quello risultante dalle regole dell'*undue influence* o della *economic duress,* non richiedendosi una tipologia di debolezza "qualificata" né una qualche forma di legame, precedente alla conclusione del contratto, fra le parti.

Spetterebbe al giudice, così, volta per volta, verificare se nel caso concreto le parti abbiano o no negoziato in posizione di parità o quantomeno di non evidente disparità, e nel caso in cui la verifica dia esito negativo, vi sarebbe la possibilità di invalidare o modificare il contratto[152].

Alla dottrina dell'*inequality of bergaining power* viene assegnata una grande attenzione in quanto si tratterebbe di una corrente di pensiero che farebbe mostra di come, anche il diritto inglese, per solito più restio a sacrificare la *sanctity of contract*, sarebbe più aperto all'accoglimento di istanze solidaristiche, sempre

---

[150] Sul punto, per una sintesi: ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 12 s.

[151] H.G. BEALE, *Duress and Undue Influence*, cit., p. 450 ss.; CARTWRIGHT, *Unequal bargain: a study of vitiating factors in the formation of contract*, Oxford, 1991; TREITEL, *Law of contrac*t, Londra, 2007, p. 382 ss.; per una sintesi al riguardo, si v. anche M. GRONDONA, Undue influence; unconscionable bargain; inequality of bargaining power, p. 248 s.

[152] Si deve precisare, peraltro, che la dottrina in parola viene spesso presa a riferimento, nel contesto nazionale, per asseverare l'idea che esista, nel moderno diritto contrattuale, una generale figura di contratto con asimmetria del potere contrattuale (a precindere, vale a dire, dalle norme disciplinanti il diritto dei consumatori o dell'impresa "debole"), sul punto v. ad es. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in ROPPO, *Il contratto del duemila,* II ed., Torino, 2005, 23 ss., specie 51 ss.; ID, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto"),* in *Riv. dir.priv.,* 2007, 669 ss., specie 682 ss.

nel segno della *contractual justice*. Va notato, tuttavia, come i casi giurisprudenziali in cui la sussistenza di un tale principio viene affermata - e si tratta pur sempre delle corti di *equity* - sono alquanto sporadici. La decisione più nota, a tal proposito, è assai risalente nel tempo (è il citatissimo caso *Lloyd Bank v. Bundy* del 1975). Anche lì, peraltro, uno solo dei tre giudici, Lord Denning, basò la propria decisione sul principio in discorso[153].

La maggior parte degli interpreti nega l'esistenza di un tale principio, ed anzi lo stesso viene giudicato dannoso, in quanto eccessivamente vago ed indeterminato[154].

La tutela della libertà contrattuale, dunque, rimarrebbe in buona sostanza affidata ai tradizionali vizi del consenso, pur se il loro ambito operativo risulta mano a mano ampliato dalla giurisprudenza, come testimoniano proprio le applicazioni giurisprudenziali relative alla *undue influence* e all'*economic duress*.

Allo stesso modo va ribadito come per il diritto inglese non esistano generali meccanismi od istituti che consentano al giudice di interferire con gli esiti dell'autonomia privata, attraverso un controllo del contenuto del contratto. In linea di principio, difatti, si ribadisce come non sia rilevante l'equilibrio economico del contratto, la corrispondenza tra prestazione e controprestazione. Il *leit motiv* rimane ancora quello per cui *consideration must not be adequate*[155].

---

[153] La decisione, infatti, si basò sulla più tradizionale figura dell'*undue influence*. Si riporta, perché comunque di interesse, il passo cruciale della motivazione di Lord Denning: «Gathering all toghether, I would suggest that throught all these instances there runs a single thread. They rest on inequality of bergaining power. By virtue of it, the English law gives relief to one who, without independend advice, enters into a contract on terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear him by or for the benefit of the other». Sul punto, anche per una sommaria ricostruzione del caso in esame, si fa rinvio a ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 13.

[154] Si v. ad es. per queste valutazioni TREITEL, *Law of contract*, cit., p. 382, di opposto avviso, tuttavia CARTWRIGHT, *Unequal bargain,* cit., p. 218. Sul tema, con maggiore ampiezza ed altri opportuni riferimenti alla dottrina inglese, GIANOLA, voce "Uncouscionability", cit., p. 1012 ss., ed ivi specialmente la nota 27.

[155] Anche sul punto, per una sintesi GIANOLA, voce "Uncouscionability", cit., p. 1012, ove vengono, peraltro, riportate assai risalenti pronunce che sembrano contraddire un tale principio. Sul punto, per un approfondimento si v., nella nostra dottrina, oltre alle classiche pagine di GORLA, voce "Consideration", in *Enc. dir*., IX, Milano,1961, p. 176 ss., ALPA, *Regole di mercato e disciplina del contratto (a proposito di un recente saffio di Morton J. Horwitz)*, in *Riv. dir. comm*., I, 1976, p. 22 ss, spec. 29 ss. In particolare, in tale ultimo contributo, si precisa che anche lì dove si ammise la

Non ha fatto breccia in modo dirompente, a tal proposito, nemmeno la dottrina dell'*uncounscious bergain*. Si tratta, vale a dire, del contratto economicamente assurdo, irragionevole, tale da colpire la coscienza del giudice, in quanto attributivo di vantaggi eccessivi ad una delle parti a tutto discapito dell'altro. Anche in tal caso, pur da parte di chi è più propenso a dare giuridica rilevanza a tali fattori, si ammette che la mera anomalia del contenuto del contratto rimane da sola irrilevante. La migliore dottrina inglese[156], a tale proposito sostiene come il principio in parola sia «limited in three ways»: in primo luogo è necessario che lo squilibrio del contratto risulti grave, tale, cioè, da recare pregiudizio ad un contraente «in overall terms»; il secondo presupposto è che questi fosse in ogni caso colpito da una qualche forma di debolezza, o incapacità di concorrere effettivamente nella determinazione del contenuto del contratto; il terzo requisito, poi, è l'abuso dell'altro contraente, inteso nel senso che costui dovesse avere la consapevolezza dello stato di debolezza della propria controparte e agito proprio al fine di sfruttare la situazione per trarne vantaggio («having knowingly taken advantage»[157]).

Volendo tirare le fila del discorso, quindi, risulta come anche nel diritto inglese sia dato constatare la presenza di taluni orientamenti che, seppur non del tutto pacifici ed incontestati, si traducono nondimeno in qualcosa di simile alla norma disciplinante l'*unfair exploitation*. Il contratto anomalo, perché gravemente sconveniente a danno di una parte colpita da una qualche forma di vulnerabilità, e frutto dell'abuso perpetrato dall'altra, non viene più approvato in modo incondizionato dall'ordinamento.

---

rilevanza, sul piano della *enforceability,* della *inadequacy of consideration*, ciò avvenne sul presupposto che ciò fosse «sintomo ineluttabile di errori, false attestazioni, insomma, di un consenso non prestato liberamente», p. 31.

[156] Il riferimento è ancora a H.G. BEALE, *Duress and Undue Influence*, cit., p. 450 ss., a cui sono riferite anche le successive citazioni.

[157] Si riporta per intero quanto affermato dall'A.: «The doctrine of unconscionable bargains seems to be limited in three ways. The first is that the bargain must be oppressive to the complainant in overall terms; the second that it may only apply when the complainant was suffering from certain types of bargaining weakness; and the third that the other party must have acted unconscionably in the sense of having knowingly taken advantage of the complainant», H.G. BEALE, *Duress and Undue Influence*, cit., p. 452.

Non si rinviene, tuttavia, alcuna giustizia contrattuale sostanziale, essendo comunque necessario – perché il contratto possa essere privato della sua vincolatività, oppure modificato - che «sia ravvisabile qualche fattore che abbia alterato la regolarità del procedimento di formazione del contratto»[158].

Di particolare interesse, poi, sempre restando nell'area di *common law*, ed a conferma degli esiti appena accennati, è l'analisi della c.d. dottrina dell'*uncounscionability*, la quale ha trovato migliore sviluppo negli Stati Uniti[159], ove è presente anche nel diritto positivo essendo prevista da varie norme ed in particolare al § 2-302 dell'U.C.C. (*Uniform commercial code*)[160], relativo ai contratti di compravendita. Nonostante la previsione legislativa, i più ritengono che l'istituto in parola non risulti applicabile alla sola compravendita, né lo stesso possa applicarsi solo ai contratti conclusi mediante *standard forms,* essendo al contrario un istituto applicabile all'intero diritto contrattuale. Ciò non toglie, comunque, che in presenza di una predisposizione unilaterale del contenuto del contratto, sia più alto il rischio che lo stesso risulti *uncouscionable*, come conferma anche la casistica[161].

Non risulta semplice fornire una definizione del termine *unconscionable*, né il formante legislativo risulta utile allo scopo, limitandosi ad enucleare i rimedi che possono essere concessi da parte del giudice. Si prevede, in particolare da parte del

---

[158] M. GRONDONA, Undue influence; unconscionable bargain; inequality of bargaining power, cit., p. 250.s

[159] Al tema dell'*uncounscionability* è dedicato ampio spazio nella dottrina, ma si farà riferimento, specialmente ai contributi di A. LEFF, *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause*, 115 U. Pa L. Rev. 489, 1967; M. A. EISENBERG, *The Bargaining Principles and its limits,* 95, Harvard L. Rev., 1982, 741 ss.; ID, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Non performance*, 107 Mich. L. Rev. 1413 ss. (2009); ID, *The Principle of Unconscionability* , rinvenibile anche all'indirizzo https://escholarship.org/uc/item/77h162nt. Nella dottrina italiana, sul tema oltre a GIANOLA, voce "Uncouscionability", cit., p. 1006 ss. si v. soprattutto TASSONE, «Unconscionability» *e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. di dir. priv*., 3, 2001, p. 527 ss.

[160] Si cita la disposizione nella sua interezza, di modo che risulti chiara la portata applicativa, e la vaghezza del principio in essa racchiuso: «If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been uncounscionable at the time it was made, the court my refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unscounscionable clause, or it may so limit the application of any uncounscionable clause to avoid uncounscionable result»

[161] TASSONE, «Unconscionability» *e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 536, ed ivi in particolare la nota 27.

menzionato § 2-302 che il giudice possa rifiutare di attribuire efficacia al contratto o a singole clausole, oppure possa anche manipolare il contenuto del contratto, dando ad esempio allo stesso efficacia ma espungendo la clausola *unconscionable*, o ancora limitare di questa l'applicazione in modo da evitare esiti *unconscionable*[162].

Pertanto, si è notato giustamente come l'*uncounscionability* sia una sorta di patologia contrattuale costruita «secondo lo schema delle clausole generali»[163]. Vale a dire che spetta alla corte ricavare la regola del caso concreto, non avendo il legislatore previamente costruito una fattispecie generale e astratta.

La casistica giurisprudenziale, oltre che l'elaborazione dottrinale, rendono palese come sia *uncounscionable* un contratto il quale presenti un contenuto iniquo, irragionevole: «so unfair as to shock the coscience of the court»[164] appunto. Più in particolare, si richiede la presenza *contestuale* di due gruppi di presupposti, dovendo l'*uncounscionability* essere sia *substantive* che *procedural*[165].

---

[162] Il testo del § 2-302, riportato alla nota 160, a dire il vero, non fa riferimento né all'inefficacia, né all'invalidità ma piuttosto si limita ad affermare che le clausole *uncounscionable* debbano essere *non enforceable*. Com'è noto il termine risulta di difficile traduzione, ed il riferimento all'inefficacia è parso migliore. Nondimeno, la dottrina nazionale che si è occupata del tema, ritiene che l'*Uncounscionability* conduca ad una forma di *patologia* contrattuale: per tutti, ancora TASSONE, «Unconscionability» *e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 531, e, per migliori considerazioni circa il significato da attribuirsi al termine "*enforceable*", p. 537. In senso non dissimile GIANOLA, voce "Uncouscionability", cit., p. 1006 ss. Va tuttavia sottolineato come il concetto presenti, comunque, una certa distanza rispetto a quello di validità, posto che sovente la giurisprudenza nordamericana ha negato l'operare delle restituzioni a favore di colui il quale faccia valere il carattere *uncouscionable* del contratto. Per maggiori approfondimenti, sul punto, si v. E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, Boston-Toronto, 1990, p. 500 ss. Interessante è osservare, poi, come le ultime elaborazioni dottrinali circa l'istituto in parola facciano in special modo aggio sul fatto che il contratto *uncouscionable* sia non già *void*, bensì *non enforceable*, per negare che l'istituto dell'*uncouscionability* sia in qualche modo connotato da un certo paternalismo nei confronti della parte debole del rapporto contrattuale. Si afferma, difatti, come tale istituto «forbids nothing and commands nothing. It simply says to the promisee, "If you can accomplish your ends without our assistance, fine. But don't ask us to help you recover a pound of flesh."». Ciò sul presupposto, sulla scia delle prime applicazioni dell'istituto, che lo stesso occorre più che altro quale difesa nel caso di mancato adempimento di un contratto, ma non anche qualora da questo ci si voglia sciogliere. Si v. a tale riguardo HESSELINK, *Unconscionability, Unfair Exploitation and the Nature of Contract Theory - Comments on Melvin Eisenberg's 'Foundational Principles of Contract Law*, cit., p. 4.

[163] Anche per questa considerazione si v. TASSONE, «Unconscionability» *e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 531.

[164] Si v. al riguardo, per tutti, ancora E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, cit., p. 490 ss.

[165] La distinzione, che è basata sostanzialmente su una ricognizione della giurisprudenza in materia, si deve a A. LEFF, *Unconscionability and the Code*, cit., p. 485 ss., si., più di recente,

Si parla di *substantive uncounscionability* di fronte a contratti che presentano un contenuto squilibrato e fortemente iniquo, specie dal punto di vista economico (la prassi al riguardo dimostra come ad essere sottoposti all'attenzione delle corti siano soprattuto casi di *excessive* o *unfair prices*). Anche nel diritto nordamericano, tuttavia, la sussistenza di tale elemento è di per sé irrilevante, non essendo, nemmeno in quell'area presente un principio di *adequacy of consideration*.

Ad esso deve accompagnarsi la presenza di elementi ulteriori, riconducibili ad un *lack of proper consent*, in ciò consistendo la componente *procedural* dell'*uncounscionability.* La debolezza del consenso, dev'essere tale da non attingere la soglia di rilevanza del vero e proprio vizio: si afferma così che essa può consistere in una assenza di *meaningful choice,* provocata da una condotta aggressiva del partner contrattuale, ma tale da non integrare gli estremi della *duress* o della *misrepresentation.* Allo stesso modo si ha *procedural uncounscionability* in caso di *lack of understanding* che non assurga al rango di incapacità: può trattarsi

---

EISENBERG, *The Principle of Uncounscionability*, cit., p. 2, il quale così delinea la distinzione: «*procedural unconscionability* as fault or unfairness in the bargaining *process*, and *substantive unconscionability* as fault or unfairness in the bargaining *outcome»* (cors. dell'A.). Si nota, altresì come la necessità della componente *procedural* sia giustificata in modo da conciliare l'istituto con il c.d. *bergain principle*: «Where the bargaining process is unconscionable - unfair - a major predicate of the bargain principle is not satisfied, and that principle therefore cannot properly be applied to enforce the contract». L'A. da ultimo preso in considerazione, peraltro, evidenzia l'insufficienza dell'analisi dell'*uncounscionability* basata sulla scomposizione tra le componenti sostanziale e procedurale, proponendo una diversa ricostruzione. Per verificare il carattere *uncounscionable* di un contratto, a detta dell'autore, andrebbe verificato il tipo di mercato nel quale esso è concluso e negoziato, oltre al ruolo esercitato dalla parte c.d. forte dell'affare, essendo necessario, vale a dire, che esso sia caratterizzato dall'intenzione di pregiudicare il proprio partner contrattuale, al fine di trarre un profitto. Si riporta il passaggio saliente di tale tesi: «In short, contracts made on perfectly competitive markets will rarely if ever be unconscionable, and contracts made on reasonably competitive markets will not often be unconscionable. However, the converse is not true: *a contract that is made off-market or on a market that is not reasonably competitive is not unconscionable for that reason alone. Instead, such a contract will be unconscionable only if the contract involves moral fault* on the part of the promisee. For contract-law purposes, moral fault should normally mean social morality, that is, moral standards that are rooted in aspirations for the community as a whole and, on the basis of an appropriate methodology, can fairly be said to have substantial support in the community, can be derived from norms that have such support, *or appear as if they would have such support*» (cors. nostro), *Principle of Uncounscionability*, cit., p. 6. Resta confermato, in ogni caso, come anche sulla base di questa differente, e più aggiornata vision dell'*Uncouscionability*, non venga data rilevanza, di per sé, al solo assetto d'interessi divisato dai contraenti.

di ignoranza (intesa come mancanza o basso grado di istruzione), inesperienza, o addirittura ingenuità[166].

Di interesse, a proposito del rapporto tra componente *procedural* e *substantive*, è pure il meccanismo del c.d. *sliding scale*: tanto più, cioè, sia evidente la presenza di una delle componenti (*procedural* o *substantive*), tanto meno potrà esserlo quella dell'altra. Ad esempio, a fronte di contenuti contrattuali particolarmente sperequati, si potrà riconoscerne il carattere *uncounscionable* (ed attivare i rimedi previsti), anche lì dove il procedimento che ha condotto alla conclusione del contratto non si presenti particolarmente alterato[167].

Come si vede, dunque, risulta evidente come l'elaborazione giurisprudenziale circa l'*uncounscionability*, abbia condotto a scolpire un istituto i cui tratti fondamentali sono assai simili a quello dell'*unfair exploitation*. I contribuiti dottrinali più recenti in materia non si sottraggono ad un raffronto fra i due istituti, anzi, una rivitalizzazione dell'*uncounscionability*, ed un allargamento del suo spettro operativo è stata di recente proposta consigliando, nella concretizzazione della clausola generale, di prendere a modello proprio l'art. 4:109 dei PDEC, oltre che il §138 del BGB[168].

Pressoché tutti gli ordinamenti, dunque, al di là delle distinzioni che li caratterizzano, non riconoscono piena vincolatività al contratto che presenti un assetto di interessi anomalo, perché frutto di una scelta deformata da una condizione (qualificata) di debolezza di cui l'altra parte abbia profittato, tenendo una condotta caratterizzata da un più o meno elevato grado di slealtà. In taluni sistemi ciò accade perché un tale principio è stato positivamente sancito e versato in una regola di fattispecie; in altri è l'elaborazione giurisprudenziale a stabilirlo, dando corpo a clausole generali.

---

[166] Anche sul punto si v. la sintesi operata da TASSONE, «Unconscionability» *e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 532 ss., cui si fa rinvio pure per maggiori richiami dottrinali e giurisprudenziali.

[167] Relativamente a tale meccanismo, si v. A. A. LEFF, Unconscionability and the Code, cit., p. 537 ss., oltre che TASSONE, «Unconscionability» *e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 536 s.,

[168] Così, in particolare, ancora EISENBERG, *The Principle of Uncounscionability*, cit., p. 7. Sul tema si v. anche, a commento di tale tesi con particolare riferimento al diritto europeo, HESSELINK, *Unconscionability, Unfair Exploitation and the Nature of Contract Theory - Comments on Melvin Eisenberg's 'Foundational Principles of Contract Law*, cit., p. 2 ss.

Il che non impedisce il sorgere, quasi spontaneo, di un quesito: «do universal truths with regard to general principles of contract law exists after all?»[169].

Si tenterà, nel prosieguo del discorso, di verificare se una tale regola non valga anche per l'ordinamento italiano, nonostante l'assenza di una puntuale fattispecie che la contenga.

[169] HESSELINK, *Unconscionability, Unfair Exploitation and the Nature of Contract Theory - Comments on Melvin Eisenberg's 'Foundational Principles of Contract Law*, cit., p. 3.

## CAPITOLO II

### IL PUNTO DI VISTA DEL LEGISLATORE NAZIONALE. IL CONSENSO VIZIATO NELLA DISCIPLINA CODICISTICA.

SOMMARIO: SEZ. I. *UNFAIR EXPLOITATION* E VIZI DEL VOLERE. L'ABUSO DELL'ALTRUI DEBOLEZZA INTELLETTIVA NELLA DISCIPLINA DI ERRORE E DOLO; L'ABUSO DELL'ALTRUI DEBOLEZZA VOLITIVA NELLA DISCIPLINA DELLA VIOLENZA. - 2.1.1. - Introduzione. *Unfair exploitation* come sfruttamento dell'altrui debolezza dell'intendere o del volere. Scopo dell'indagine. - 2.1.2. - Il Codice del 1942: la disciplina dei vizi del consenso come manifestazione del delicato equilibrio tracciato dal legislatore fra tutela della volontà (intesa come "reale intenzione") e dell'affidamento dei contraenti. Impossibilità di ricondurre errore, dolo e violenza ad un principio unitario: tassatività e tipicità del contenuto dei singoli vizi. - 2.1.3. - Vizi del consenso e parità formale dei contraenti, intesi quali «soggetti giuridici astratti». Il principio di eguaglianza formale dei contraenti ed alcuni suoi corollari: limitata rilevanza delle caratteristiche delle parti e delle ragioni soggettive del loro agire nella disciplina dell'errore. - 2.1.4. - La limitata rilevanza delle condizioni soggettive del raggirato nel "sistema" del dolo. Le rigidità della sequenza "raggiro – errore – contratto". Fra errore e dolo: l'errore riconosciuto. - 2.1.5. - L'area della debolezza volitiva. Lo schema "minaccia – timore – contratto" nella disciplina legislativa della violenza morale. - 2.1.6. - Considerazioni di sintesi sul rapporto fra *Unfair exploitation* e vizi del volere. - SEZ. II. L'*UNFAIR EXPLOITATION* NELL'AREA CONTIGUA AI VIZI DEL VOLERE: STATO DI PERICOLO, STATO DI BISOGNO ED INCAPACITÀ NATURALE. - 2.2.1. - Premessa introduttiva. - 2.2.2. - Abuso di *economic distress* e *urgent needs* nella disciplina della rescissione. Le indicazioni sistematiche tratte dalla disciplina positiva dell'istituto nel nostro ordinamento. - 2.2.3. - Le radici storiche della rescissione nel tempo fra le due codificazioni: le ragioni dell'affermata a-sistematicità dell'istituto. - 2.2.4. - La rescissione per lesione alla prova della novellata disciplina dell'usura ad opera della l. 7 marzo 1996 n. 108. - 2.2.5. Considerazioni conclusive sulle debolezze tutelate dalla rescissione. - 2.2.6. - L'incapacità naturale e le debolezze intellettive. Gli incerti confini della figura. - 2.2.7. - Mala fede e pregiudizio nell'art. 428 c.c. L'incapacità naturale come fattore *ostativo* alla libera manifestazione del consenso. - 2.2.8. - I lineamenti del reato di circonvenzione d'incapace, e la tutela della deficienza psichica. - 2.2.9. - Gli effetti, sul piano civilistico, del reato di cui all'art. 643 c.p. sul contratto concluso dall'incapace e dal soggetto affetto da deficienza psichica. - 2.2.10. - Le debolezze tutelate dalla circonvenzione d'incapace. Confronto con il § 138.2 BGB. - 2.2.11. - Considerazioni conclusive sul rapporto fra *unfair exploitation* ed istituti posti a tutela del consenso dei contraenti nell'ambiente

codicistico. Ricognizione delle aree in cui l'*unfair exploitation* si presenta come fattispecie inclusa nei tradizionali vizi, e delle aree escluse.

## SEZ. I. *UNFAIR EXPLOITATION* E VIZI DEL VOLERE. L'ABUSO DELL'ALTRUI DEBOLEZZA INTELLETTIVA NELLA DISCIPLINA DI ERRORE E DOLO; L'ABUSO DELL'ALTRUI DEBOLEZZA VOLITIVA NELLA DISCIPLINA DELLA VIOLENZA.

### 2.1.1. Introduzione. *Unfair exploitation* come sfruttamento dell'altrui debolezza dell'intendere o del volere. Scopo dell'indagine.

La disamina dell'*unfair exploitation*, e delle regole (positive o giurisprudenziali) che questa previsione hanno ispirato, ha condotto ad alcuni risultati affatto scontati e che possono brevemente riassumersi. Essa, anzitutto, pare ispirata dall'obiettivo di garantire la genuinità del consenso dei contraenti, facendo assurgere al rango della rilevanza giuridica talune situazioni che la possono pregiudicare. L'anomalia dell'assetto d'interessi regolato dalle parti, perché attributiva ad una di queste di un vantaggio iniquo od un ingiusto profitto, è l'indice prescelto per verificare l'effettiva sussistenza di una patologia nella formazione del consenso contrattuale.

Questo, in definitiva, è il genere di problemi che una siffatta previsione mira a risolvere, essendo viceversa la stessa del tutto estranea al tema della c.d. giustizia contrattuale sostanziale.

Volendo utilizzare una formula riassuntiva, può dirsi che la fattispecie in parola sembra essere il punto di emersione di un principio, che dice essere invalido il contratto tramite il quale una parte abusa della condizione di debolezza in cui si trova il proprio *partner* contrattuale, al fine di imporre a quest'ultimo un assetto d'interessi indesiderato, in quanto pregiudizievole[170].

[170] Si è già notato del resto come tale norma sia stata additata da parte della dottrina italiana come l'esito di una traiettoria intrapresa dal moderno diritto contrattuale in materia di protezione del consenso dei contraenti. Si v. soprattutto SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., p. 619 s., ma anche ad es. MARINI, *sub* art. 1447, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), Torino, 2011, p. 330.

Uno dei primi nodi che bisogna sciogliere, lì dove si voglia comprendere come sia regolato il contratto frutto di abuso di una parte ai danni dell'altra, è quello di individuare almeno in prima approssimazione chi sia il contraente debole nella logica della disposizione che si sta esaminando.

Guardando più da vicino, dunque, al catalogo delle condizioni di debolezza indicate dalle disposizioni che disciplinano l'*unfair explitation*, può dirsi come le medesime siano divisibili in due gruppi.

1. Da un lato si collocano le debolezze di tipo intellettivo. Viene considerato debole, cioè, quel contraente che non è in grado di comprendere o non è in grado ponderare in maniera adeguata i dati della realtà al fine di compiere una scelta rispondente al suo interesse nell'ambito della stipulazione di un determinato contratto.

Fra le condizioni di debolezza intellettiva si possono annoverare: imprevidenza, ignoranza, inesperienza, mancanza di abilità a trattare, ed anche la fiducia. È evidente, difatti, che chi si trovi in una situazione come quelle ora accennate, sebbene per ragioni diverse, si vincola ad un assetto d'interessi il cui contenuto o le cui conseguenze nella propria sfera giuridico patrimoniale non è stata nelle condizioni rappresentarsi correttamente.

Quanto si è venuti dicendo sembra essere più intuitivo per l'ignoranza, l'inesperienza o la mancanza di abilità a trattare, ma non sembra meno vero per l'imprevidenza e la fiducia[171]. Anche in questi due ultimi casi si è innanzi ad un contraente che, sebbene in astratto in grado di farlo, non elabora adeguatamente i dati della realtà in suo possesso, agendo con superficialità o facendo affidamento sulle qualità morali del proprio *partner* contrattuale nella determinazione del contenuto del contratto.

Va notato, dunque, come la figura del contraente intellettualmente debole sia delineata con grande larghezza, e come i fattori causativi della situazione di debolezza si prestino ad essere interpretati assegnando loro il più ampio significato

[171] Si tenga presente che già nella dottrina tradizionale si rilevava come una condizione di fiducia fosse assai facilmente il presupposto sulla base del quale si radicava un vizio del consenso, si v. ad es. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 71 ss., ed in particolare alla p. 537 ove ci si interroga sul problema (ma risolvendolo negativamente) se costituisca dolo una reticenza resa possibile da un rapporto di fiducia fra i contraenti.

semantico. Il che sembra chiaramente desumibile dalla menzione, fra gli stati vizianti, della mancanza di abilità a trattare e dell'imprevidenza.

Il che si giustifica considerando che la previsione certo non vieta o non proibisce di trattare con chi versi in una situazione di minorazione intellettiva, ma piuttosto sia volta ad impedire che di tali situazioni una parte abusi per trarne vantaggio.

Ed a tale proposito è opportuno rimarcare una considerazione già implicitamente svolta, ma che è meritevole di essere ripresa. Se la debolezza intellettiva non è considerata (né tutelata) in sé, ma in rapporto all'abuso dell'altro contraente, e se l'abuso, poi, si deve riflette sull'assetto d'interessi che esso determina (rendendolo non rispondente all'interesse di una parte), ciò sta a significare che sempre imprevidenza, ignoranza, inesperienza, mancanza di abilità a trattare, e fiducia devono tradursi in una *mancata o errata rappresentazione*[172] di un dato della realtà inerente ai motivi che inducono alla stipula, al contenuto del contratto o, infine, agli effetti che quest'ultimo produrrà per le parti.

Sembra di poter dire, dunque, che il contraente intellettualmente debole sia tutelato se ed in quanto sia caduto (o fatto cadere) in errore[173]. Lì dove il riferimento all'errore rinvia, ben inteso, non certo ad un errore rilevante, ma ad uno relativo a qualsiasi elemento della realtà, ivi compresi i motivi individuali.

2. Ciò chiarito circa le debolezze intellettive, restano da esaminare, sempre riferendosi all'*unfair exploitaton,* i casi della dipendenza, delle difficoltà economiche e dei bisogni urgenti. In tutti e tre i casi, sembra di potersi dire, non è rilevante il fatto che il contraente abbia la possibilità di rappresentarsi adeguatamente i dati della realtà, bensì il fatto che abbia potuto effettuare una scelta con sufficiente libertà, non trovandosi in uno stato di costrizione. Basta rilevare,

[172] Nonostante il tema sia stato dibattuto a lungo, specie nella dottrina tedesca, deve senz'altro ritenersi che la mancata rappresentazione della realtà sia parificata, da un punto di vista normativo, all'errata rappresentazione della realtà. Sul tema si v. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., *passim*, ma spec. p. 329 ss.

[173] Con ciò non si intende dire, chiaramente, che l'errore sia in sé una forma di debolezza. Si stanno esaminando in questo contesto, segnatamente, le debolezze che esistono indipendentemente dalla conclusione del contratto. Il che non toglie che si possa affermare come essendo la debolezza intellettiva pur sempre da valutare in relazione al contratto, essa rileverà se ed in quanto si manifesti sotto forma di errore (o di mancata rappresentazione della realtà). Al più potrà trattarsi di una (mancata o) erronea rappresentazione della convenienza del contratto.

infatti, che chi è in stato di dipendenza, di difficoltà economiche o ha bisogni urgenti, può anche essere ben conscio del pregiudizio che il contratto gli arrecherà, ma nondimeno addiviene alla sua conclusione intendendola come un male minore, non potendo optare per alternative soddisfacenti[174].

Trattasi, insomma, di condizioni definibili come debolezze di tipo volitivo[175].

La considerazione svolta relativamente alla necessità di intendere con larghezza le situazioni di minorazione menzionate nell'*unfair exploitation*, e cioè traendo da esse tutto il significato semantico di cui sono capaci sul piano dell'interpretazione letterale, sembra valevole solo in linea di massima per le tre condizioni ora cennate.

Nessun dubbio sul fatto che per «dipendenza» si debba intendere una relazione di tipo psicologico, ma anche di tipo economico. Ugualmente il concetto di «difficoltà economica» includerà in sé una qualsiasi carenza di liquidità, anche temporanea, ma capace di porre il soggetto di fronte alla necessità di compiere atti di diposizione patrimoniale.

Senz'altro, invece, non pare che si possa perseguire un'interpretazione letterale del concetto di «bisogno urgente». Tutti, difatti, concludono un contratto in quanto mossi dall'esigenza di soddisfare un bisogno, e dunque annoverare il bisogno tra gli stati potenzialmente vizianti del consenso si rivelerebbe quantomeno discutibile. Bisognerà pensare, allora, che il concetto di urgenza faccia riferimento ad una pressione che muove il contraente alla stipula di un contratto, ma al fine di evitare un male (per tale potendosi intendere un danno alla persona o al patrimonio)[176].

---

[174] Per l'inquadramento di tali fattori nel più ampio concetto di costrizione si v. ad es. SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 593 ss.

[175] La distinzione tra menomazioni della libertà contrattuale che colpiscono l'intelletto (e la volontà mediatamente) e che colpiscono solo la volontà si deve specialmente a TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 184. L'illustre autore riconduceva alla prima ipotesi errore e dolo, ed alla seconda la violenza.

[176] Del resto a interpretazioni assai restrittive addiviene anche la dottrina italiana in relazione all'interpretazione da assegnare al concetto di bisogno (nemmeno connotato dal requisito dell'urgenza) di cui all'art. 1448 c.c., si v. ad es. nella dottrina più recente ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 834 s.: «la norma implica un bisogno qualificato da un dato oggettivo, socialmente apprezzabile: il bisogno di qualcosa che serva a *evitare un significativo pregiudizio*» (cors. dell'a.).

Se si accetta la ricostruzione sopra svolta, può dunque dirsi che è debole, colui il quale è carente dal punto di vista intellettivo o dal punto di vista volitivo: chi conclude il contratto non comprendendone adeguatamente il contenuto o le conseguenze; o chi, non avendo altra scelta, lo conclude essendovi costretto dalla necessità di evitare un male maggiore.

Chiarito questo aspetto, non è certo inutile confrontare la disciplina dell'*unfair exploitation* con i vizi del consenso previsti nel nostro ordinamento. Errore e dolo, da un lato, tutelano il contraente per il caso di mancate o erronee rappresentazioni della realtà. La violenza, invece, tutela il contraente spinto alla conclusione di un contratto in quanto mosso dal timore per la necessità di evitare un male ingiusto e notevole.

Le pagine che seguono sono volte a comprendere se la disciplina dei vizi del volere sia tratteggiata nel nostro ordinamento con un'estensione sufficiente a dare tutela a tutti i casi disciplinati dall'*unfair exploitation*, prestandosi ad interpretazioni, per così dire, elastiche, di modo che la conformazione di ogni singolo vizio possa mutare - ed in quale misura - lì dove uno dei contraenti sia affetto da una situazione di minorazione quale quelle sopra menzionate[177].

Si procederà così ad esaminare la disciplina dell'errore e del dolo, in rapporto alle debolezze intellettive, e quindi quella della violenza, in rapporto alle debolezze volitive. Dopo di che un confronto verrà svolto anche fra *unfair exploitation* e rescissione per stato di pericolo e di bisogno, ed incapacità naturale.

Tutto ciò consentirà di capire se l'*unfair exploitation,* per quanto non prevista come vizio nominato nel nostro ordinamento, non si presenti, comunque, come fattispecie in esso inclusa, perché disseminata nelle singole ipotesi di vizio tipico[178].

---

[177]Diversa è la prospettiva adottata da SCARSO, *Il contraente debole*, 2006, Torino, in particolare alle p. 21 ss., il quale parrebbe chiedersi se i vizi del consenso siano *in sé* un mezzo di tutela della debolezza contrattuale. Ma così impostato il discorso si presenta già orientato a condurre ad una soluzione negativa. La domanda che ci si sta ponendo in questa sede è diversa. Ci si sta chiedendo, segnatamente, se la disciplina normativa dei vizi del consenso sia capace di tutelare i contraenti che - prima delle trattative e della formazione del contratto - si trovino in una condizione di debolezza, che in queste si riflette, eventualmente conformandosi i vizi del volere diversamente in ragione di tale (preesistente) debolezza o della relazione che si instaura fra le parti.

[178] PAGLIANTINI, *Ancora sulla "saga" dei derivati*, cit., p. 808 ss. risponde al quesito in maniera positiva, ma nell'ambito di un'argomentazione che non è esente da ambiguità. In

Preliminarmente, però, andrà dato conto del perché tale analisi si riveli necessaria. Del perché - s'intende - si debba escludere che il nostro ordinamento possa conoscere anche vizi del consenso invalidanti di natura atipica, tratti da un'interpretazione analogica della disciplina positiva.

### 2.1.2. Il Codice del 1942: la disciplina dei vizi del consenso come manifestazione del delicato equilibrio tracciato dal legislatore fra tutela della volontà (intesa come "reale intenzione") e dell'affidamento dei contraenti. Impossibilità di ricondurre errore, dolo e violenza ad un principio unitario: tassatività e tipicità del contenuto dei singoli vizi.

Secondo una visione diffusa, ove si discorre di consenso si discorre necessariamente di volontà. In ambito contrattuale, i concetti di consenso e di volontà tendono ad identificarsi a quello di accordo. Il legislatore fa dell'accordo un requisito del contratto (art. 1325 c.c.), ed allo stesso tempo si serve del medesimo termine per delineare la nozione di quest'ultimo (art. 1321 c.c.). Sì che, in definitiva, così si spiega l'affermazione comune per cui il contratto sarebbe l'incontro di volontà (*in idem placitum consensus*), col *sequitur* per cui la mancanza di volontà ne produrrebbe inevitabilmente la nullità[179].

---

particolare, l'a., contesta l'effettiva rilevanza di questi temi affermando come i c.d. vizi atipici sarebbero già capaci di atteggiarsi come fattispecie incluse nei "tradizionali" vizi tipici, specie in virtù dell'influenza esercitata dai c.d. diritti secondi sulla rilevanza (sul piano della nullità in particolare) delle condizioni vizianti del consenso. L'a., tuttavia, soggiunge ad un certo punto che ciò sarebbe vero solo se ed in quanto si accettasse di ricorrere all'estensione analogica dei vizi del volere tradizionali. Egli, tuttavia, non solo non indica quale sarebbe il principio su cui fondare l'interpretazione analogica della disciplina positiva, ma anzi, sottoponendo a critica le tesi di Sacco ne contesta fermamente l'esistenza, affermando come il moderno diritto contrattuale sarebbe frammentato al punto da non essere riconducibile ad unità.

[179] ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 38 s.; G.B. FERRI, *La nozione di contratto*, *sub* art. 1321, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), Torino, 2011, p. 5 ss. Per la svalutazione della prospettiva che vede dell'art. 1325 c.c. una norma dall'effettivo valore precettivo si vedano lo stesso ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 697 ss., ove si mette in luce come giustamente la nullità per mancanza di accordo trovi esiguo spazio nel nostro ordinamento essendo di fatto assorbita dalle ipotesi di inesistenza e annullabilità. Nello stesso ordine di idee: BELVEDERE, *Quando il legislatore vuol fare il professore. Appunti sull'art. 1325 c.c.*, in *Studi in onore di G. Iudica*, Milano, 2014, p. 167 ss.; MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile,* in *Riv. dir. civ*., IV, 2003, p. 329 ss. e l'ampia analisi di DI RAIMO, *sub* art. 1427, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), Torino, 2011, p. 46 ss. Tutti gli autori citati arrivano

Questi indici normativi sono stati ritenuti da certa e non recente dottrina come sufficienti ad affermare la persistenza nel nostro ordinamento del c.d. dogma della volontà. Tale espressione designando il principio per cui il negozio ed i suoi effetti sarebbero – e dovrebbero necessariamente essere - il prodotto ed il segno esteriore di un fatto psichico costituito dalla «reale» intenzione del soggetto che lo pone in essere[180].

Da tale visione delle cose, cui s'accompagnava com'è noto una concezione marcatamente soggettiva del contratto, discendevano una serie di corollari riassumibili nella considerazione per cui ‹‹qualunque fatto problematico, che tocchi la volontà del contraente, mette in discussione il contratto e i suoi effetti››[181]. In nessun caso, a voler seguire tale prospettiva, potrebbe affermarsi la validità di un contratto lì dove esso scaturisca da ‹‹una sfera fisiopsichica menomata o non matura››[182], oppure sia il frutto di un (qualsiasi) fattore psichico che ne ha alterato il regolare procedimento formativo. Parimenti, indiscriminata rilevanza dovrebbe essere assegnata ad ogni divergenza fra il modo in cui la volontà manifestata all'esterno e l'effettivo atteggiamento psichico del dichiarante.

Ad accogliere una tale concezione del negozio giuridico, ed in particolare del contratto, nulla osterebbe ad includere tra i fattori problematici capaci di

---

sostanzialmente ad osservare come i casi di mancanza di un vero e proprio accordo, inteso come incontro di "reali intenzioni", non diano affatto luogo a nullità, ma semmai ad annullabilità per vizio del consenso. Ciò lì dove a mancare sia lo stesso incontro di dichiarazioni di volontà si avrà un caso di inesistenza del contratto, non potendo dirsi compiuto il procedimento formativo di quest'ultimo.

[180] Il riferimento è chiaramente all'opera di G. STOLFI*, Teoria del negozio giuridico,* Padova, 1947, *passim.* (*ID, Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. It*., 1948, IV, p. 43 ss.). La tesi è comunemente interpretata come l'ultima perorazione a difesa di una concezione del negozio giuridico elaborata in un clima culturale certamente distante da quello proprio della codificazione del 1942 e da questa accantonata. Il riferimento alla tesi in esame è parso doveroso, indicando la critica che la dottrina ad essa muove l'insufficienza di certe argomentazioni volte all'ampliamento dell'ambito di rilevanza dei vizi del consenso incentrate sulla sola condizione di chi emette la dichiarazione viziata. Al riguardo si v. ad es. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 12 ss. Per una lucida ricostruzione del principio volontaristico e della sua effettiva portata nel corso della storia SACCO*,* in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 416 ss.

[181] ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 38 s., a cui si fa invio anche per una sintetica esposizione dei temi cui si sta facendo riferimento.

[182] ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 39. Il riferirsi alla teoria volontaristica è dunque necessario a comprendere come sia stata sentita come un'innovazione assai profonda l'aver stabilito, il nostro codice civile, la mera annullabilità del contratto concluso dall'incapace naturale, o in presenza di un errore ostativo. Sull'impossibilità di ritenere tali norme quali un'eccezione al principio volontaristico PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 24 ss.

influenzare la volontà dei contraenti anche le caratteristiche soggettive prese in considerazione dalle norme disciplinanti l'*unfair exploitation,* giacché potrebbe certo dirsi che la volontà espressa da chi sia in una qualsiasi condizione di minorazione volitiva o psichica, e perciò sia stato indotto a vincolarsi ad un assetto d'interessi pregiudizievole, non risponda ad un suo effettivo intendimento (alla c.d. volontà reale, intesa come atteggiamento psichico, tutto interno alla sfera del dichiarante)[183].

Se non che un tale esito è a prima vista, e fuor di dubbio, improponibile alla luce del disegno normativo espresso dal Codice civile, emergente proprio dalla disciplina dettata in tema di vizi del consenso. Fra questi ultimi è in particolare l'errore a rendere manifesto come il legislatore non ha assegnato un illimitato spazio ai fattori capaci di influenzare la volontà dei contraenti, costituendo indice normativo sufficiente ad asseverare una concezione del contratto quale atto giuridico che impegna per il significato obiettivo ad esso assegnabile. È questo il processo evolutivo che la dottrina è solita designare con l'espressione di ‹‹oggettivazione›› (del negozio, o del contratto), e che si sostanzia nella (eventuale) prevalenza sulla volontà della dichiarazione[184]. Il fondamento assiologico di tale mutamento di prospettiva riposerebbe, secondo quanto comunemente s'afferma, nell'esigenza di far prevalere sull'interesse individuale ed egoistico del singolo (di cui è espressione il c.d. dogma del volere) la certezza del diritto, essenziale al

[183] Non è mancata, difatti, la considerazione per cui l'*unfair exploitation* rappresenterebbe una fattispecie di stampo «neo volontaristico». A tale proposito si v. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 31.

[184] La bibliografia sul tema cui si è fatto cenno risulta, invero, sterminata, pertanto ci si limiterà a qualche indicazione. Si v. per una sintesi sul c.d. percorso di oggettivazione del negozio, GALGANO, voce "*Negozio giuridico*", *Dir. priv*., in *Enc. del dir.,* Milano, 1977, p. 931 ss. ma spec. 941 ss., ed in una prospettiva diversa MIRABELLI. voce "*Negozio giuridico*", *Dir. priv*., in *Enc. del dir.,* Milano, 1978, p. 1 ss. Sulle c.d. teorie precettive, si fa rinvio ovviamente al pensiero di R. SCOGNAMIGLIO, riassuntivamente esposto anche nella voce "*Negozio giuridico*", in *Enc. giur*., Roma, 1990, p. 1 ss. Si v. comunque anche ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 39 ss., anche per una critica alla teoria precettiva. Va ricordato come la c.d. caduta del dogma del volere abbia anche spinto una dottrina (LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, cit., *passim*, ma spec. 7, 29 ss., 35 ss., 41 ss., 53 ss., 64 ss.) a ritenere che tutti i vizi del consenso sarebbero, in definitiva, posti a tutela non della libera manifestazione del volere, ma rimedierebbero ad una lesione dei termini del contratto (v. ad es. alla p. 7 ove si nota come: «il diritto non riconosca rilevanza al vizio del consenso in sé, ma indirizzi soprattutto l'accertamento alla verificazione dell'evento causato in concreto dallo stato di turbamento…»). Per una critica a questa impostazione si v. SACCO*,* in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 459.

mercato capitalistico, ed inconciliabile con un'incontrollata rilevanza invalidante sugli atti giuridici di fattori appartenenti alla sfera individuale di una delle parti, e non esteriorizzati in un segno visibile[185].

Ed è questo, come si diceva, un esito riflesso proprio nella disciplina dedicata ai vizi del volere, la quale, ad uno sguardo attento, non risulta più comprensibile ‹‹con riferimento alla *volontà* viziata, ma anche e forse soprattutto nei limiti posti alla rilevanza del vizio in considerazione della situazione di chi riceve la *dichiarazione* viziata››[186].

A giustificare tali assunti soccorrono in particolare due indicazioni tratte dal dettato normativo, ed in ispecie dalla disciplina normativa dell'errore, che costituisce il fulcro della normativa dedicata ai vizi del consenso[187]. Il riferimento

[185] Si tratta di concetti assai noti. Si veda ad esempio, nella dottrina più autorevole: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 1966, p. 125 ss. Più di recente la portata di queste osservazioni viene giustamente precisata da SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., I, p. 419 s. L'A. giudica l'affermazione per cui vi sarebbe corrispondenza, rispettivamente, fra tutela della volontà e interesse (egoistico ed individuale) del dichiarante, e tutela della dichiarazione e interessi collettivi, come «frutto di un'illusione ottica…sia falsa, sia stupida». Ciò in quanto, precisa l'autore, il traffico giuridico viene tutelato se ed in quanto esso sia formato da un insieme di scelte consapevoli, come tali frutto della libera esplicazione della volontà individuale, e ciò sul presupposto che statisticamente volontà e dichiarazione coincidano nella gran massa dei casi. La prevalenza della dichiarazione sulla volontà, nel caso singolo, occorre a garantire il traffico - e dunque interessi collettivi - non perché sacrifica il principio della volontà, ma perché invece ne garantisce il buon funzionamento in tutti gli altri. Sul tema si v. pure DELLE MONACHE, *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2000, p. 128 ss.; 140 ss., 191 ss.

[186] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 5, e p. 9 ss., lì dove si sottolinea la distanza fra le norme di cui stiamo dicendo ed il principio volontaristico. In ogni caso la ricostruzione dell'A., com'è noto, si sviluppa ponendo a premessa come il nostro ordinamento avrebbe rifiutato sia il c.d. dogma della volontà, che il dogma dell'affidamento. SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 500 denuncia l'inadeguatezza di una ricostruzione che contrapponga volontà e affidamento. Va rilevato come in una prospettiva ancora più netta rispetto a quella qui enunciata, una certa dottrina abbia potuto elaborare una tesi per cui tutti i vizi del consenso, in definitiva, ruoterebbero attorno al concetto di "divieto di abuso", formula, questa - elaborata anche alla luce dell'art. 2 cost. - capace di legare gli istituti in esame all'incapacità naturale e alle fattispecie della rescissione (il riferimento è a CORSARO, *Sulla ratio degli artt. 1447, 1448, 1438, 428, 2 c. del codice civile*, in *Ann. fac. giur. univ*. Perugia, 1973; ID, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (studio preliminare)*, Perugia, 1979, I ss.).

[187] Sulla particolare importanza rivestita dall'errore, nel contesto dei vizi del volere e più in generale del negozio giuridico, si v. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., *passim*.; ID, voce *Errore (dir.civ.)*, in *Noviss. Dig. ital*., IV, Torino, 1960, p. 668 ss. ed oltre alla già citata opera di PIETROBON (cui adde la voce *Errore I) Diritto civile*, in *Enc. Giur*., Roma, 1989) si v. anche P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962; ID, voce *Errore*, in *Enc. dir*., Milano, 1966; SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 498. Anche in tal caso per una sintetica

è alla completa assimilazione della disciplina normativa del c.d. errore ostativo a quella dell'errore vizio, nonché alla necessità che l'errore, in ogni caso, per poter essere rilevante e dunque condurre all'annullamento del contratto, sia connotato dal requisito della riconoscibilità[188].

Quanto al primo aspetto, al trattamento normativo, vale a dire, dell'errore ostativo, va osservato come il rendere il contratto che di esso è l'esito semplicemente annullabile e dunque produttivo degli effetti suoi propri è manifestazione evidente di come il legislatore abbia inteso attribuire decisivo rilievo non tanto alla reale volontà individuale del dichiarante, quanto piuttosto al modo in cui la stessa è obiettivamente percepita dalla controparte[189]. E ciò segnando un distacco, come si è più volte sottolineato, rispetto alle posizioni della dottrina formatesi sotto l'imperio dell'abrogato codice, le quali riconducevano al vizio in parola la conseguenza della nullità, e ciò sul presupposto – ineccepibile a voler accogliere il c.d. dogma delle volontà ed i suoi corollari – che la non corrispondenza tra l'intenzione e la dichiarazione impedisse il raggiungimento dell'accordo stesso.

Ancor più eloquente, poi, come si è anticipato, è l'aver subordinato, da parte del legislatore, la rilevanza di qualsiasi tipo di errore, ivi compreso quello ostativo, al fatto che questo sia riconoscibile ossia rilevabile da un soggetto di media diligenza. Il che sta a significare, allora, che l'annullabilità del contratto dipende in ogni ipotesi dall'influenza esercitata dall'errore nella sfera giuridica del non errante, il quale viene tutelato se non ha riconosciuto né poteva riconoscere il vizio della volontà, pur con lo sforzo normativamente richiesto. Ed anche in tale caso, dunque, netto è il distacco segnato rispetto alla disciplina previgente, lì dove il generale limite assegnato alla rilevanza dell'errore (e, peraltro, del solo errore

---

ma compiuta ricostruzione del dettato normativo in tema di errore si v. ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 38 s.; GALGANO, *Dell'annullabilità del contratto*, nel *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna-Roma, 1998; DEL PRATO, *Le annullabilità*, cit., p. 231 ss. Altre opere saranno segnalate via via.

[188] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 6 ss. nonché p. 312 ss. Sulla medesima linea anche DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Annuario del contratto, 2009* (a cura di A. D'Angelo e V. Roppo), 2010, Torino, p. 104 ss.; ora in *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli,* Napoli, 2018, p. 759 ss.

[189] Sulla riconoscibilità, e sulla sua importanza sistematica v. ancora PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 204 ss., nonchè ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 730 s.

motivo) era individuato nella sua scusabilità[190]. Il che, pur costituendo un temperamento al principio volontaristico, imponeva pur sempre il riferirsi alla situazione dell'errante ed alla sua autoresponsabilità, e non al valore assegnabile al significato obiettivo (socialmente tipico) della dichiarazione di quest'ultimo[191].

Volendo, alla luce di tali considerazioni, meglio precisare un'indicazione d'insieme che proviene dal legislatore, si può con relativa sicurezza affermare come lo stesso abbia privilegiato la stabilità del contratto, anche a discapito di posizioni soggettive evidentemente viziate[192], a patto che tali esse non appaiano alla controparte contrattuale. È questo, in sintesi, il modo in cui opera il principio dell'affidamento, il quale, nel suo significato minimo indica che ‹‹l'effetto di una dichiarazione di volontà dipende dal senso che deve attribuirle il destinatario che si comporta diligentemente e onestamente››[193].

E a tal proposito v'è da soggiungere, indugiando ancora sulla disciplina normativa dell'errore, come non sia estraneo al tema inerente l'equilibrio stabilito dal legislatore fra la tutela dedicata alla volontà dell'errante e all'affidamento dell'altro contraente, anche il requisito dell'essenzialità, il quale deve caratterizzare ogni errore, per condurre alla sua giuridica rilevanza ai fini dell'invalidità del contratto. L'art. 1429 c.c. rende palese, difatti, come essenziale sia non tanto l'errore che si manifesti come determinante del consenso, quanto piuttosto quello

[190] Si v. anche il passaggio della Relazione al codice civile, n. 652: «la scusabilità cambia incidenza e passa dal soggetto che ha emesso la dichiarazione al destinatario di questa, muta anche oggetto, poiché *non ci si riferisce più alla formazione dell'errore ma alla sua mancata scoperta*» (cors. nostro). Per l'indubbia vigenza del principio della scusabilità dell'errore sotto l'imperio del codice del 1865 si v. per tutti MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 1957, Milano, p. 564. Per una ricostruzione delle varie giustificazioni poste a fondamento della regola v. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 188 ss.

[191] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 204 ss., spec. 220 ss. In particolare l'A. sottoponendo a critica le varie tesi poste a fondamento della regola della riconoscibilità arriva a formulare la propria tesi, secondo cui con essa il legislatore avrebbe inteso dare rilevanza all'errore che la parte destinataria della dichiarazione viziata avrebbe potuto rilevare essendo inerenti a circostanze rese comuni alle parti nel corso della trattativa (in questo senso la norma non tutelerebbe né un affidamento inteso in senso oggettivo, né soggettivo, bensì sarebbe adito ad una valutazione di riconoscibilità definita come inter-soggettiva).

[192] L'espressione è di LUCARELLI, *Lesione di interesse*, cit., p. VI Premessa. Va notato come la formula utilizzata (privilegio della stabilità del contratto a discapito di «posizioni soggettive palesemente viziate»), sembri in qualche modo contrastare il principio volontaristico, ma dandone per implicita l'esistenza almeno su un piano logico.

[193] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 14 s.

che, pur presentando detta caratteristica, cada su una determinata realtà precisamente indicata dal legislatore. Il che indica come si tratti di requisito che dipende dall'‹‹oggetto della falsa rappresentazione più che [dalla] natura psicologica dell'evento››, essendo allora confermato come l'intento del legislatore rimanga quello di ‹‹sottrarre le vicende del contratto all'influsso di eventi che riguardano la singola persona, e che non sono obiettivamente legati alla convenzione››[194]. Del resto se non si tenesse conto della necessità di tutelare l'affidamento del non errante, e con esso la certezza del traffico giuridico, non si vedrebbe ragione per relegare all'area dell'irrilevanza l'errore che, pur essendo determinante, si riveli (in astratto) inessenziale, cadendo su circostanze diverse rispetto a quelle indicate dall'art. 1429 c.c.

Passando alla disciplina del dolo, per quanto di interesse, va soggiunto come dalla stessa possano trarsi considerazioni simii apparendo, anche qui, palese l'equilibrio imposto dal legislatore tra la tutela del soggetto indotto in errore e quella dell'altro contraente. Il quale vedrà protette le aspettative riposte nella validità del contratto concluso nell'unica ipotesi in cui il suo affidamento merita di essere tutelato: quando, cioè, egli non sia autore del raggiro, né esso gli sia noto[195]. Da questo punto di vista, allora, potrà giustificarsi l'estensione della rilevanza dell'errore in cui è stato indotto il soggetto raggirato, potendo trattarsi anche di errore sui motivi, purché determinante del consenso[196].

La logica fin qui descritta è, invece, messa in discussione dalla disciplina normativa dettata in tema di violenza morale. Risulta, dalle norme che disciplinano tale vizio, come al contraente minacciato spetti l'azione di annullamento – purché, va da sé ricorrano i requisiti indicati dall'art. 1435 c.c. – anche nel caso in cui l'autore della minaccia sia un terzo, e ciò a prescindere dallo stato di buona o mala

---

[194] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 342 s. L'a., pertanto, era portato a ritenere sostanzialmente equivoco il passaggio della *Relazione al Codice* (n. 652), che affermava la natura esemplificativa dell'elenco di cui all'art. 1429 c.c. ribadendone, invece, la natura tassativa (v. p. 357), in ogni caso invitando a non confondere l'essenzialità con la concreta importante dell'errore per la vittima.

[195] In quest'ordine di idee sul dolo del terzo si v. ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 768 s.

[196]Per questo rilievo, fra gli altri, TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 358 ss.; DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 770 s., ma si tratta di un'affermazione alquanto frequente in dottrina oltre che nella giurisprudenza.

fede dell'altro contraente, la cui posizione - in ragione, evidentemente, della gravità del vizio - il legislatore ha scelto di non tutelare, sebbene egli possa essere del tutto ignaro del fatto che il proprio *partner* contrattuale non risulta aver liberamente contrattato. Tale vizio, dunque, può ancora in parte spiegarsi con riferimento alla volontà viziata, essendo la situazione di chi riceve la dichiarazione del tutto irrilevante[197].

Tale dato, com'è ovvio, apre la strada a diverse considerazioni, non essendosi sottratta la disposizione da ultimo cennata, anche nel passato, a censure. Non pare, però, che colgano nel segno quelle opinioni dottrinali che s'incentrano sulla critica del dettato normativo. Se il legislatore, s'intende dire, ha assegnato indiscriminata rilevanza alla violenza perpetrata da un terzo, ciò non sta a significare che la disposizione di legge sia contraria al principio che impone di tutelare l'altrui affidamento incolpevole[198]. Sta a significare, semmai, che quel principio non domina incontrastato nella materia dei vizi del consenso.

Se, dunque, talvolta, come si è visto, il legislatore sembra aver del tutto sacrificato la rilevanza di un fattore perturbativo del consenso, privilegiando la stabilità del rapporto contrattuale in ragione di interessi giudicati preminenti (e riferibili alla condizione del contraente il cui consenso non era viziato, od a terzi), altre volte si è mosso in senso decisamente contrario.

Il che, ben inteso, non significa che il complessivo disegno del legislatore sia privo di una sua logica, ma rivela, piuttosto, come lo stesso *non sia riconducibile ad un principio unitario*. Ed è questo, del resto, proprio l'esito cui giunge la dottrina

---

[197] In generale sulla violenza si v. TRABUCCHI, voce *Violenza (vizio della volontà): diritto vigente*, in *Novissimo dig. it*., XX, Torino, 1975, p. 941 ss.; DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto (diretto da V. Roppo)*, Milano, 2006, 291 ss.; D'AMICO, voce *Violenza (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, p. 858 ss.; R. CAVALLO BORGIA, *Dell'annullabilità del contratto*, nel *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 327 ss.

[198] Definisce la scelta del legislatore del tutto irrazionale, alla luce della mancata simmetria rispetto al sistema del dolo, ad es. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, e P. Rescigno Torino, 2006, II, p. 1612. Anche per SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 577, la norma costituirebbe una deroga al principio dell'affidamento. Ulteriori critiche si rinvengono in CORSARO, voce *Violenza (dir. civ.)*, in *Enc. giur*., Roma, p. 3, che addirittura propone un superamento della norma applicando analogicamente l'art. 1439 c.c. La tesi di contrasta rilevando semplicemente che lì dove non c'è lacuna non può esserci analogia, v. in ogni caso per una critica ulteriore R. CAVALLO BORGIA, *Dell'annullabilità del contratto,* cit., p. 344 ed ivi nota 11.

più autorevole, sottolineando come nella disciplina dei vizi del consenso si rifletta un delicato equilibrio tra tutela della volontà e tutela dell'affidamento, non avendo infine, l'attuale codice, accolto né l'uno né l'altro ove intesi nella loro più ampia portata[199].

Ed è probabilmente proprio tale irriconducibilità della materia ad un superiore principio a giustificare l'affermazione, quasi unanimemente accolta in dottrina, per cui la disciplina dei vizi del consenso sarebbero connotata da una marcata tipicità[200]. La quale, stando sempre alle ricostruzioni più accreditate, si esprimerebbe in un duplice senso: da un lato nel divieto di creare figure di vizio differenti rispetto a quelle positivamente previste, dall'altro lato espressione della tipicità sarebbe pure «il divieto di discostarsi da un contenuto rigidamente predeterminato delle figure normativamente individuate…»[201], sostanziandosi, dunque, in fin dei conti null'altro che in un «limite all'attività interpretativa»[202], consistente nel divieto di interpretazione analogica della disciplina positiva. La quale analogia, a ben vedere, non è tanto da giudicare proibita in ragione della tutela del valore della certezza del diritto, ritenuto – non a torto - di importanza fondamentale lì dove siano in gioco le regole di validità (*i.e.*: di fattispecie), quanto piuttosto, e prima ancora, preclusa da un punto di vista logico, trattandosi di attività interpretativa che si concretizza nel ricavare norme inespresse da un principio

[199] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 31 ss. In particolare l'A. si sofferma sulla necessità di abbandonare il riferimento al criterio dei "dogmi" della volontà e dell'affidamento nel negozio giuridico, in presenza dei quali, invece, sarebbe vano lo sforzo di «determinare fino a che punto sia tutelata la volontà e in quale estensione sia tutelata la buona fede di chi riceve la dichiarazione viziata». In senso adesivo D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, Napoli, 1996, p. 32 ss.

[200] Il fatto che manchi una nozione unitaria di vizio del volere non è che un risvolto (o per meglio dire, un altro modo di chiamare) il principio di tipicità delle cause di annullabilità, il quale viene raramente messo in luce in questi termini in dottrina. Si v. però D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 17 ss.; ed anche CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Il Codice civile commentato* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Milano, 2000, p. 4. In senso opposto invece SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., *passim.,* ma v. 472, per il quale dovrebbero invece essere ricavati dai vizi del consenso principi e regole, in modo poi da colmare tutte le lacune lasciate vuote (in apparenza), dalle ipotesi tipiche di vizio.

[201] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 32.

[202] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 23, il quale afferma il principio traendolo com'è intuibile dall'ambito penale. Va segnalato, peraltro, come l'A. indichi, poi, come viga nella materia dei vizi del consenso non solo il divieto di integrazione analogica, ma anche un «vincolo di aderenza alla lettera della previsione normativa», p. 32

generale (ricavato a propria volta da norme espresse). Ma il principio generale, nella materia in esame, non è presente[203].

A voler seguire questa prospettiva, dunque, si dovrebbe ritenere come la tutela apprestata dall'ordinamento ai soggetti il cui consenso risulta non liberamente prestato stia tutta e solo nelle regole (di fattispecie) delineate agli artt. 1427 ss. c.c., disciplina che, per le ragioni dette, non essendo riconducibile ad un principio unitario, nemmeno potrebbe ritenersi presentare alcuna lacuna colmabile in via analogica[204].

Insomma, alla domanda su che cosa sia un vizio del consenso per il codice civile italiano, non può essere data una risposta che, mettendo a sistema le varie fattispecie tipiche, conduca ad una nozione unitaria, dalla quale poi si possano ricavare ulteriori ipotesi di vizi atipici rilevanti[205].

### 2.1.3. Vizi del consenso e parità formale dei contraenti, intesi quali «soggetti giuridici astratti». Il principio di eguaglianza formale dei contraenti ed alcuni suoi corollari: limitata rilevanza delle caratteristiche delle parti e delle ragioni soggettive del loro agire nella disciplina dell'errore.

È opinione diffusa quella per cui uno dei postulati su cui il legislatore ha eretto la disciplina del contratto, e segnatamente quella dei vizi del volere, sia il principio di eguaglianza formale. Tale sintetica espressione indica come, nel

[203] Si mutua in particolare da IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv.dir.civ.*, I, 1994, p. 559 ss., spec. 561: «L'analogia ha andamento *verticale*, giacché sale dalla disciplina di un caso o di una materia ad un principio generale, e da questa discende alla materia o al caso non regolato» (cors. dell'a.), si v. anche a p. 561 la nota 7, per un richiamo alla (più incisiva) nozione di analogia data da FALZEA (*I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1991, p. 565): «deduzione fatta su una precedente induzione».

[204] Adottando una simile prospettiva, va da sé, non si discute più della contrapposizione fra giustizia sostanziale e giustizia procedurale, fermandosi il livello del discorso ad un punto ancora precedente. Si tratta di negare, in prima battuta, che la giustizia del contratto debba ricercarsi oltre le regole di fattispecie. Si v. a questo proposito quanto D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza,* cit., p. 247, ove chiaramente si afferma come la giustizia costituisca un valore puramente "formale".

[205] Si potrà dire, ad esempio, che i vizi del consenso tutelano la possibilità per un contraente di esprimere una volontà consapevole in quanto scevra da fattori perturbativi (dell'intelletto o della volontà). Ma bisognerà avere consapevolezza che una tale formula, od altre analoghe, rischiano di avere un valore meramente descrittivo.

disegno normativo, i contraenti siano ritenuti egualmente liberi e capaci di determinarsi nella formazione del contratto, ed egualmente liberi e capaci di fissare il contenuto del medesimo, in quanto soggetti dotati di pari capacità intellettive e cognitive, e pari forza contrattuale[206].

La libertà contrattuale, dunque, è intesa dal legislatore, in linea di principio, come puramente formale. I contraenti sono visti come soggetti giuridici astratti, ragguagliati ad una figura standardizzata di contraente medio, essendo irrilevante ogni loro caratteristica e determinazione peculiare. Trattasi di una scelta, come si è a più riprese fatto notare, derivante da una visione ideologica marcatamente liberista, che poneva in disparte ogni diseguaglianza di fatto fra contraenti privilegiando la stabilità e la sicurezza delle negoziazioni.

Il contratto delineato dal nostro codice civile, volendo utilizzare una terminologia relativamente recente, è necessariamente un contratto simmetrico, ed è tale in un duplice senso[207]. L'impianto normativo ignora, s'intende - salvo qualche eccezione[208] - tanto la figura del contraente strutturalmente debole, tanto quella del contraente che debole sia per circostanza contingenti, relative non tanto alla "veste" con cui accede al mercato ed alla singola contrattazione o alla tipologia di atto che compie, quanto piuttosto riferibili a caratteristiche della sua personale sfera intellettiva e volitiva.

Tale visione emerge senz'altro dalla formulazione delle norme dettate in tema di vizi del consenso e, allo stesso modo, ha influenzato la dottrina nell'interpretare le medesime.

---

[206] Ed è questa una considerazione, come ha fatto notare la dottrina, inevitabile già nelle sue stesse premesse, essendo la stessa nozione di negozio giuridico storicamente costruita sul presupposto dell'eguaglianza formale di tutti i soggetti di diritto (per questa valutazione GALGANO, voce "Negozio giuridico", *Dir. priv*., in *Enc. del dir.,* Milano, 1977, p. 931 ss. ma in particolare si v. 938 s.). Si v. anche CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (studio preliminare)*, cit., I ss., secondo il quale una nuova visione del diritto contrattuale, che tenga conto delle diseguaglianze "di fatto" dei contraenti, dovrebbe essere perseguita tenendo conto dell'influsso esercitato sul diritto contrattuale dalle norme della Costituzione. Da ultimo si v. anche le puntuali osservazioni di A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico*, cit., p. 525, risalendo fino alle teorie di F.C. Von Savigny (v. la nota 36).

[207] Per questa terminologia, invalsa in tutta la dottrina, si fa rinvio a ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv*., 4, 2001, p. 788 ss.

[208] L'eccezione cui si fa riferimento è evidentemente, nella logica del codice civile, quella della figura dell'aderente nella contrattazione per condizioni generali.

Una prima riflessione può prendere avvio considerando le debolezze di tipo intellettivo (l'imprevidenza, l'ignoranza, l'inesperienza, o la mancanza di abilità a trattare, fiducia). Ci si può chiedere che spazio trovino tali condizioni nell'ambito della disciplina dei vizi del consenso propriamente intesi. Chiaro è che si dovranno esaminare le ipotesi in cui tali condizioni comportino il verificarsi di un errore, tanto nel caso in cui lo stesso sia spontaneo, quanto il caso in cui sia, invece, l'effetto dei raggiri perpetrati dalla controparte. Rimane ai margini, sotto quest'aspetto, la violenza, caratterizzandosi tale vizio del consenso per via del fatto che la minaccia non agisce in linea di principio sulla (e non riguarda la) sfera intellettiva del minacciato, bensì direttamente opera sulla libertà di scelta di quest'ultimo.

Ad un tale proposito può così osservarsi, ma a livello empirico, come una condizione di debolezza intellettiva possa senz'altro costituire non solo l'antecedente logico, ma anzi moltiplicare le probabilità che una falsa rappresentazione della realtà si realizzi. In questo senso si potrebbe affermare che la disciplina dell'errore tutela, sebbene indirettamente[209], talune situazioni di debolezza intellettiva.

Tuttavia - e come si è detto - il nostro legislatore non si accontenta, per assegnarvi giuridica rilevanza, del fatto che l'errore abbia avuto efficienza causale rispetto alla decisione di concludere il contratto. Si richiede qualcosa di più, ossia che, ferma tale efficienza causale dell'errore, lo stesso sia relativo a talune circostanze (determinate *a priori* dall'art. 1429 c.c.) inerenti a caratteristiche, in sintesi, strutturali del vincolo contrattuale. L'errore, in altre parole, dev'essere certamente determinante del consenso (e in un certo senso essenziale) in concreto, ma fermo il requisito dell'essenzialità (in astratto)[210].

[209] Come già chiarito, difatti, non è sembrato opportuno chiedersi se la disciplina normativa dell'errore sia di per sé posta a tutela di una qualche forma di debolezza, posto che si è ritenuto di riferire il concetto ad una caratteristica dei contraenti che possa sussistere indipendentemente dalla stipulazione di un determinato contratto. Per intendersi: ove ci si chieda se chi erra sia debole, la risposta, ad avviso di chi scrive deve essere in linea di principio negativa. Ma diverso sembra il dire che (ove si dia per presupposto che un tipo di debolezza è l'ignoranza e che la medesima sia considerata se ed in quanto si rifletta nella conclusine di un contratto sconveniente per via dell'abuso da altri perpetrato) ove la debolezza produca un errore, dando dei rimedi per quest'ultimo si tuteli anche la prima.

[210] La terminologia corrente indica col termine "essenziale" l'errore che cada su uno degli elementi indicati dall'art. 1429 c.c., e col termine "determinante" l'errore che è stato determinante del consenso. In PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 336 ss., 346 ss., 361 ss., i

Nel giudizio di rilevanza dell'errore, dunque, assumono valore secondario sia il fatto psicologico che connota la falsa rappresentazione della realtà, sia l'importanza che l'elemento su cui quest'ultima è caduta aveva per l'errante. Il che, tradotto con il linguaggio dell'art. 1429 c.c., esclude dall'area della rilevanza il caso dell'errore determinante del consenso ma non essenziale[211].

L'aver connotato la disciplina normativa dell'errore in senso marcatamente oggettivo[212] non è altro che un corollario del principio di eguaglianza formale. Il legislatore, s'intende, detta una disciplina rigida, egualmente severa, a prescindere dalle capacità intellettive dei contraenti[213]. La rilevanza dell'errore dipende in primo luogo dalla realtà su cui l'errore è venuto a cadere, non sulle circostanze che

---

medesimi concetti sono riferiti il primo all'essenzialità in astratto, il secondo all'essenzialità in concreto (fermo restando che utilizzando il termine "in concreto" l'A. intendeva comunque riferirsi all'essere determinante dell'errore ad una stregua oggettiva, e non soggettiva); SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 506 ss. il quale ritiene come alla luce di questa ambiguità insita nel concetto di essenzialità stia quel discusso passaggio della relazione al c.c., che indica come esemplificative e non tassative le ipotesi tracciate dall'art. 1429 c.c. I due autori fin ora citati, come del resto la gran parte della dottrina, propendono per il carattere tassativo dell'elenco. Si v. anche ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 733 ss.

[211] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 336 ss. ma spec. 342: «la tutela della legge non si dirige alla volontà in sé, e quindi nemmeno l'errore può essere valutato separatamente dalla realtà su cui cade», ma si v. anche le p. 158 per valutazioni più generali.

[212] Può qui ricordarsi quanto sostenuto da PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 342, e cioè che il legislatore si preoccupa di tutelare l'errante in ragione dell'‹‹oggetto della falsa rappresentazione più che [della] natura psicologica dell'evento››.

[213] E ciò è tanto più vero specie ove si consideri come a connotarsi in senso oggettivo, non è solo il requisito dell'essenzialità, ma pure il suo essere determinante del consenso. Si è poco esaminato, difatti, se debba intendersi come determinante l'errore che ha costituito la *condicio sine qua* della stipulazione da parte del "concreto" contraente, oppure se tale requisito debba apprezzarsi a propria volta ad una stregua oggettiva. Sebbene di primo acchito si possa essere indotti ad opinare nel primo senso, va osservato come in realtà l'unico indice normativo capace di orientare nell'interpretazione della norma faccia deporre per l'opposta tesi. L'art. 1429 c.c., infatti, al n. 2) testualmente fa riferimento alla necessità che l'errore risulti determinante «secondo il comune apprezzamento». In effetti in questo senso è orientata la dottrina più autorevole, escludendo che il giudizio sull'essenzialità complessivamente inteso possa mai tradursi nell'accertamento dell'esistenza di un fatto psichico (la spinta psicologica che la falsa rappresentazione della realtà abbia prodotto sul soggetto). Il che restituisce una disciplina normativa alquanto severa, e che lascia pochi margini di tutela all'errante. Non solo, s'intende, non è rilevante e dunque non può condurre all'annullamento del contratto un errore che andando a cadere su circostanze diverse rispetto a quelle indicate dall'art. 1429 c.c. si riveli inessenziale (c.d. errore sul motivo), ma anche quell'errore che – pure se essenziale – non si riveli determinante del consenso ad una stregua oggettiva (c.d. errore incidentale). Per questa impostazione si v. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 347 s. (ed ivi anche la nota 47), il quale con una sottile argomentazione nota come la parificazione dell'ignoranza all'errore porti ad escludere che il legislatore abbia preso in considerazione il vizio del consenso come un concreto impulso ad agire.

lo hanno determinato (salvo, va da sé, che esse non si sostanzino in un raggiro ad opera della controparte), considerandosi l'errore come falsa rappresentazione della realtà in sé, a prescindere dalle ragioni causative della medesima.

Il che, ove si tratti di errore spontaneo, non sembra invero creare situazioni di "ingiustizia", che reclamino una particolare tutela. Nel senso, s'intende dire, che la parte intellettualmente debole sarà tutelata dagli errori spontanei esattamente come ogni altro contraente lo sarebbe.

Anzi, a questo proposito va osservato come proprio il connotarsi in senso oggettivo dell'essenzialità permette senz'altro di affermare come fra i requisiti necessari per la rilevanza dell'errore non vi sia quello della scusabilità[214]. Il che toglie peso alla considerazione per cui l'errore spontaneo cagionato da imprevidenza, ignoranza, inesperienza, o mancanza di abilità a trattare, o da una fiducia mal riposta potrebbe dirsi il prodotto di una negligenza non scusabile e dunque non meritevole di tutela.

Il fatto che l'errore possa essere anche inescusabile fornisce, sebbene anche qui indirettamente, una qualche forma di tutela all'errante intellettualmente debole[215].

A mente di queste osservazioni, può passarsi ad esaminare l'ultimo requisito di rilevanza dell'errore, ossia la riconoscibilità[216]. L'errore, detta l'art. 1432 c.c.,

---

[214] Sull'irrilevanza del requisito della scusabilità si v ad es. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 164 s.; oltre a PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 188 ss.; SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 502 s. Più di recente sull'argomento P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1390 s.

[215] Si tenga presente, invece, che la scusabilità, invece, è requisito di rilevanza dell'errore nelle fonti di *soft law* contenenti la disciplina dell'*unfair exploitation*. Si v. ad es. L'art. II.–7:201 del DCFR: Mistake (1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and (b) the other party; (i)caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre- contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made the same mistake. (2) *However a party may not avoid the contract for mistake if: (a) the mistake was inexcusable in the circumstances*; or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party. (cors. nostro).

[216] Sul requisito della riconoscibilità, si v. una valutazione sintetica in SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 527.

deve essere riconoscibile da una persona di «*normale diligenza*». Come si vede la norma conferma la tendenza del legislatore ad adottare, per i requisiti di rilevanza dell'errore, dei criteri oggettivi. Essa, infatti, è chiara nell'indicare come l'errore non debba essere riconoscibile al non errante "in carne ed ossa", ma ad una figura di contraente, ancora una volta, ragguagliato allo *standard* del contraente medio. Questa regola è non poco mitigata però dal prosieguo della disposizione, la quale invita ad avere riguardo, nel giudizio di riconoscibilità, «*al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti*».

In questa norma è evidente come il legislatore consenta di considerare i contraenti non facendo del tutto astrazione dalle loro qualità e caratteristiche personali, ed il requisito della riconoscibilità, in questo senso, richiede all'interprete di svolgere un procedimento di astrazione rispetto ai concreti contraenti, ma confrontando l'agire di questi rispetto ad un modello calibrato ragionevolmente su di essi[217]. Ci si è chiesti, nella dottrina meno recente, se una tale disposizione, per il suo carattere "di apertura" verso una maggiore considerazione del caso concreto, consentisse di affermare che il giudizio di riconoscibilità potesse oramai dirsi soggettivizzato[218].

A questo proposito la migliore dottrina[219] - in un certo senso mediando fra opposte visioni del problema - ha osservato come una corretta interpretazione della

---

[217] SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali,* cit., p. 164, il quale discorre anche a tal proposito di criterio oggettivo ponderato.

[218] Parte della dottrina, difatti, sosteneva che l'art. 1431 c.c. traducesse la mancata riconoscibilità in un giudizio di colpa del non errante, essendo posta la norma a tutela dell'affidamento in concreto di quest'ultimo. Altra parte, invece, affermava come la norma fosse volta a tutelare l'affidamento in astratto, dovendo l'errore essere riconoscibile non dall'altro contraente come tale, ma ad una stregua oggettiva (in tale senso spec. DE MARTINI, *In tema di riconoscibilità dell'errore bilateriale nel contratto*, in *Foro it*., I, 1952, p. 431 ss.). Per questa contrapposizione e per i necessari ragguagli bibliografici si fa rinvio sempre a PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 188 ss., e spec. 204 ss. per l'esposizione della prima tesi, e 208 ss. per la seconda. Si fa rinvio a SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 528 ss., per una spiegazione delle contrapposte tesi di più immediata comprensione. In arg. anche D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, nel *Trattato del Contratto* (a cura di V. Roppo), V, Rimedi- 2 (a cura di A. Gentili), Milano, 2006, p. 1021 ss., e spec. la nota 38.

[219] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 220 ss. L'A. dapprima nota come l'oggetto della tutela sia sempre e comunque l'affidamento in concreto del non errante, il che non toglie, però, di esaminare se il mezzo della tutela (i.e. la riconoscibilità) operi a propria volta in senso oggettivo o soggettivo. La conclusione è nel senso che il giudizio di riconoscibilità non è soggettivo, non potendo il non errante far riferimento, per giustificare la non riconoscibilità, ad ogni

norma implichi l'adozione di un criterio inter-soggettivo di riconoscibilità dell'errore[220]. Ciò sta a significare che il destinatario della dichiarazione viziata dovrà accertare la presenza dell'errore in relazione «a tutto il rapporto di trattativa e a tutte le comunicazioni che le parti si sono fatte fin dal momento in cui si sono poste in contatto», non spiegandosi altrimenti il riferimento al contenuto ed alle circostanze *del contratto*[221]. Non rileveranno, invece, le circostanze che non siano state in questa misura oggettivizzate, per non essere state rese comuni nel corso della trattativa (rimanendo dunque relative non al contratto, ma semmai ad un contraente)[222].

Questo principio di intersoggettività vale anche a lumeggiare l'interpretazione da assegnare, nell'ambito del giudizio di riconoscibilità, alla «qualità dei contraenti», che in questa materia la dottrina ha proposto di individuare in doti permanenti di un soggetto e, fra di esse, proprio l'ignoranza, l'inesperienza, o la mancanza di abilità a trattare[223].

Anche le qualità personali delle parti, così intese, possono rilevare ma solo «in quanto idonee a far cadere in errore, e quindi a rivelarne l'esistenza»[224]. Il che

---

circostanza del caso concreto ma a solo quelle indicate dall'art. 1431 c.c. Solo in questo senso il criterio può dirsi

oggettivo, non occorrendo però che l'errore sia riconoscibile astrattamente ad ogni terzo, ma sempre e solo al non errante, alla luce delle circostanze rese comuni nel corso della trattativa. In senso sostanzialmente adesivo ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 38 s. Per un'opposta visione, P. BARCELLONA, *Profili*, cit., 226 ss.

[220] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 223.

[221] Proprio il riferimento alle circostanze del contratto ha indotto SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 528 s. a sostenere che quello della riconoscibilità sia un criterio eminentemente soggettivo. Si chiede difatti l'a. «Quale indizio di riconoscibilità sarà mai escluso dal novero delle circostanze del contratto…?».

[222] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 222, rileva come il termine circostanza indichi un fatto che sta in relazione ad un altro fatto (principale o oggetto di giudizio) senza essergli estraneo. Dopo di che si chiede se la relazione in parola vada individuata fra circostanze e soggetti o circostanze e contratto, concludendo per questa soluzione facendo leva sulla lettera della legge.

[223] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 224. L'a. invece esclude la rilevanza, ai fini del giudizio di riconoscibilità, di circostanze transitorie ed accidentali, quale potrebbe essere ad esempio un momentaneo stato di malattia.

[224] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 224 s. Ove si aggiunge anche come, al contrario, le medesime qualità nel destinatario della dichiarazione viziata sarebbero rilevanti in sé stesse.

sta a significare, più precisamente, come siano rilevanti se e nella misura in cui siano note all'altro contraente, e perciò rese comuni nel corso della trattativa.

Per mantenere il discorso ad un livello meno astratto, si può proporre un esempio, tratto sempre dalla dottrina che si sta riferendo. Nel caso in cui un soggetto venda un dipinto di pregio credendolo, invece, di nessun valore, potrà far valere la riconoscibilità del proprio errore invocando in taluni casi la propria inesperienza. A patto, vale a dire, che non abbia a propria volta influito sulla possibilità che la controparte aveva di rendersi conto della falsa rappresentazione della realtà (ad es. presentandosi come intenditore e dunque creando indici di apparenza di segno diverso). Ed a patto, ancora, che non abbia contrattato a propria volta con un inesperto, influendo tale qualità, sulla possibilità di scoprire l'altrui errore.

Se ricorrono tali condizioni, il destinatario della dichiarazione viziata, in ragione del contenuto del contratto (che reca prestazioni squilibrate) e della qualità dell'altra parte (conoscendone l'inesperienza), non potrà addurre l'irrilevanza dell'errore a cagione della sua irriconoscibilità.

Come si vede, allora, risulta particolarmente evidente come il giudizio di riconoscibilità sia agevolato, potendo risultare essenzialmente dalla conoscenza delle qualità delle parti e dal contenuto del contratto[225]. Chi contrae, s'intende, con una parte (che sa essere) intellettualmente debole, sapendo di ritrarre dall'affare un vantaggio non giustificato (che si giustifica, anzi, solo alla luce delle circostanze da cui si è approfittato), sarà esposto all'azione di annullamento[226].

Valutazioni, queste, senz'altro condivisibili né di importanza secondaria, ma considerando che sarà pur sempre necessario che, oltre al "filtro" della riconoscibilità, sia superato anche quello dell'essenzialità.

Sì che, ove ad essere riconoscibile o magari anche riconosciuto sia un errore che cade sui motivi, cioè sul programma soggettivo che il contraente si prefigurava

[225] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 226 ed ivi anche la nota 82. L'A. arriva poi ad escludere, sulla base di tali considerazioni, che il giudizio riconoscibilità (pur essendo posto a tutela dell'affidamento in concreto) possa tradursi in un giudizio di colpa per il non errante. Nel medesimo senso anche M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto*, cit., p. 205, ed ivi la nota 59.

[226] Va rimarcato, in questo senso, come il giudizio di riconoscibilità non richieda che il destinatario della dichiarazione potesse essere conoscenza dell'errore inteso come *fatto psichico dell'errante*, ma come segno esteriore oggettivamente apprezzabile (che quest'ultimo presuppone).

di perseguire col contratto (e dunque su circostanze per definizione soggettive), l'errante non riceverà (in virtù della disciplina tratta dalla normativa dell'errore) alcuna forma di tutela[227].

In conclusione, pare di potersi dire che la disciplina dell'errore, rispetto ai contraenti in situazioni di debolezza intellettiva, è: (i) neutra quanto al requisito dell'essenzialità, non interessandosi il legislatore delle ragioni che danno luogo all'errore, ciò comportando finanche la rilevanza di errori inescusabili; (ii) favorevole all'errante nel giudizio di riconoscibilità, ove la controparte sia edotta della condizione soggettiva di debolezza di questi, la quale rende appariscente l'errore ove vista unitamente al contenuto del contratto.

Incrociando queste due valutazioni, sembra dunque di poter dire come un'area che la disciplina normativa dell'errore lascia sguarnita sia quella costituita dall'errore riconosciuto che (per quanto magari determinante del consenso) non si riveli essenziale[228].

### 2.1.4. La limitata rilevanza delle condizioni soggettive del raggirato nel "sistema" del dolo. Le rigidità della sequenza "raggiro – errore – contratto". Fra errore e dolo: l'errore riconosciuto.

Qualche riflessione più consistente può essere svolta ove l'errore non sia completamente endogeno, ma sia cagionato dalla controparte. E ciò può essere

[227]La dottrina, del resto, ha sempre sostenuto come l'irrilevanza dell'errore sul motivo si giustifichi nel senso di garantire e tutelare la stabilità dei contratti, ed in un certo senso sia una conseguenza diretta dello stesso principio di autonomia privata, che è davvero tale se chi la esercita se ne assume il rischio PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 99 s., nonché P. BARCELLONA, *Profili sulla teoria dell'errore*, cit., p. 158 ss. Quest'ultimo così spiegava l'irrilevanza dell'errore sul motivo: «le esigenze personali che spingono il soggetto alla stipula dell'atto vengono…tutelate dall'ordinamento soltanto nei limiti in cui vengano assunte…a contenuto del programma negoziale [poiché] la tutela dell'errante non può in nessun caso abbracciare più di quanto egli ha inteso regolare…si contrasterebbe con i principi che regolano l'autonomia privata, se si ammettesse che l'ordinamento tutela…la soddisfazione di bisogni che, pur essendo stati previsti, non hanno costituito oggetto del negozio».

[228]Il tema sarà esaminato successivamente, ma si v. per la rilevanza del riconoscimento di un errore sul motivo nell'ambito della responsabilità precontrattuale M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto*, cit., 218 ss., e già prima PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 101.

detto basandosi sul rilievo per cui, tanto più un contraente è inesperto, ignorante, o carente di abilità a trattare, o tanto più si affida al proprio *partner* contrattuale, quanto più facilmente potrà essere indotto in errore nell'ambito di una negoziazione[229].

Ci si può chiedere, dunque, se ed entro quali limiti la disciplina del dolo si presti a tutelare il contraente cognitivamente debole.

Il nostro codice, va subito notato, a tal proposito sembra conoscere una sola specie di errore indotto, che come è noto consiste nell'errore provocato da «raggiri»[230]. I raggiri, dicono gli articoli 1439 e 1440 c.c. disegnando la disciplina del dolo determinante e del dolo incidente, devono essere, rispettivamente, tali che senza di essi l'altra parte non avrebbe contrattato, o tali per cui l'altra parte avrebbe concluso il contratto, ma a condizioni diverse. Insomma, il dolo risulta essere inteso dal legislatore come un raggiro che, inducendo in errore, determina l'altro contraente alla conclusione di un contratto non voluto. Nulla più le norme aggiungono[231], e dunque se ne desume che, nel caso del dolo, l'errore debba essere determinante del consenso, ma non per forza di cose essenziale. Risulta comune, difatti, l'affermazione in base alla quale il trattamento normativo del dolo implichi un ampliamento dell'area di rilevanza dell'errore, potendo anche un errore indotto

[229] Queste osservazioni si leggono già in TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 415.

[230] Anche sul dolo la bibliografia potrebbe essere assai vasta. Si v. però oltre a TRABUCCHI, *Il dolo*, cit.; ID, voce *Dolo*, in *Noviss. Dig. it*., Torino, 1960; FUNAIOLI, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Enc. dir*., XIII, Milano, 1964; LUCARELLI, *Lesione di interesse*, cit., p. 15 ss.; GENTILI, Le invalidità, cit., p. 1614 ss.; ID, voce *Dolo,. I) Diritto civile*, in *Enc. giur*., XII, Roma, 1990, p. 1 ss.: DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, cit.; DE POLI, *I mezzi dell'attività ingannatoria e della reticenza: da Alberto Trabucchi alla stagione della "trasparenza contrattuale",* in *Riv. dir. civ*., V, 2011, 647 ss.; SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 547 ss.; ID, voce *Dolo omissivo*, in *Dig. disc.priv*., Torino, 2011, in banca dati *Leggi d'Italia*.

[231]Come nota SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 549 le norma, nella loro sintetica formulazione, lasciano irrisolti tre problemi: i) se il raggiro debba essere intenzionale o possa essere colposo; II) se il raggiro possa essere anche concretato da una condotta omissiva; III) non dice se il raggiro sia anche quella condotta non idonea a trarre in inganno chiunque, ma solo certe categorie di soggetti. Di contrario avviso DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, cit., p. 768, per il quale già il riferimento ai raggiri dovrebbe essere valorizzato, rendendo evidente come le norme richiedano non solo (e senza dubbio) una condotta attiva, ma anche un *quid pluris* rispetto ad una "mera" induzione in errore.

da raggiri che vada a cadere sui motivi, essere causa di annullamento del contratto[232].

Quel che si deve chiarire, però, perché di interesse alla luce di quanto si sta trattando, è se l'errore indotto dal raggiro debba configurarsi, stavolta, come un errore scusabile. Ci si sta chiedendo, segnatamente, se l'efficienza causale del raggiro ad indurre in errore debba misurarsi prendendo a riferimento ancora una volta una figura standardizzata di contraente medio, o se la medesima debba apprezzarsi in concreto, avendo riguardo anche alle concrete capacità intellettive del *deceptus*. È dolo, ci si chiede, *il raggiro* che indurrebbe in errore solo un soggetto imprevidente o inesperto, ma non anche un soggetto di media intelligenza e avvedutezza?

Anche in quest'ambito, com'è evidente, il principio di eguaglianza formale ha spesso suggerito alla dottrina di optare per la soluzione negativa, non rivelandosi meritevole di tutela colui il quale, per usare il noto brocardo, *non intelliges quod omnes intelligunt*.[233] L'inganno idoneo a trarre in errore soltanto un soggetto dotato di scarne capacità cognitive, veniva inteso, a tal proposito, come idoneo a dar corpo al c.d. *dolus bonus*.

Se non che, tale visione è parsa fin da subito da rinnegare, o quanto meno ridimensionare nella sua portata applicativa, essendosi comunque apprezzata la differenza intercorrente fra un errore endogeno ed uno indotto.

Una prima tesi ha proposto di fare applicazione - adattandolo al campo del dolo secondo un'analogia, per così dire, interna ai vizi del volere - dell'art. 1112 dell'abrogato codice, sostanzialmente corrispondente all'attuale art. 1435 c.c. Il raggiro, in altre parole, dev'essere idoneo a trarre in inganno una persona sensata (*vir prudens*), ma dovendo tale idoneità misurarsi avendo riguardo all'età, al sesso, alla condizione delle persone[234].

---

[232] È sufficiente il richiamo a TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 358. Va constatato come la giurisprudenza affermi che la rilevanza del raggiro è subordinata al verificarsi di un errore essenziale nella vittima, si v. ad es. Cass. 23.06.15 n. 12892 (ma si tratta di massima tralatizia). Si tratta, però, di un orientamento apparentemente contrapposto a quello della dottrina, riferendosi le sentenze all'essenzialità in concreto (all'essere l'errore, cioè, determinante e non incidente).

[233] Per una tale visione nel passato MESSINEO, *Note differenziali tra dolo e frode*, in *Riv. dir. comm*., 1921, II; p. 467 ss.

[234] ALLARA, *Dolo ed errore inescusabile*, in *Foro Lombardo*, 1931, 875 ss., spec. 882 s.; per una critica alla tesi dell'Allara, v. lo stesso TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., 413 ss., il quale nega

Ed è questa, in definitiva, una tesi che pare aver ad oggi prevalso. È diffusa, anche nella giurisprudenza, l'affermazione per cui nel valutare l'efficienza causale del raggiro si debba tener conto anche della condotta dell'ingannato, ma misurando il livello di diligenza richiesto sulla base delle circostanze del caso e delle sue condizioni soggettive[235]. Il che appare davvero sorprendente se si considera che la Corte di Cassazione, sotto il vigore del codice abrogato - in un periodo, dunque, in cui si dava per assodato che requisito di rilevanza dell'errore fosse la scusabilità - giungeva a conclusioni di segno diverso[236].

Non può che apparire semplicemente paradossale, tuttavia, che in qualche modo scusabile debba essere l'errore indotto dall'altrui inganno, ma non già quello spontaneo (per quanto essenziale)[237]. Senz'altro, dunque, merita adesione la

---

sussistano i presupposti per riferirsi al concetto di persona sensata nel campo del dolo, facendo leva sulla considerazione per cui quest'ultimo è per sua natura nascosto, e dunque la vittima non può opporvi resistenza proprio in quanto non lo percepisce.

[235]Si può leggere ad es. (in una massima che desta numerose perplessità) come «In tema di vizi del consenso, il dolo, a norma dell'art. 1439 c.c., è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da una parte abbiano determinato la volontà a contrarre del *deceptus*, avendo ingenerato in lui una rappresentazione alterata della realtà, che abbia provocato nel suo meccanismo volitivo un errore essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c. In particolare, ricorre il *dolus malus* solo se, in relazione alle circostanze di fatto e personali del contraente, il mendacio sia accompagnato da malizie ed astuzie volte a realizzare l'inganno voluto ed *idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza e sussista, quindi, in chi se ne proclami vittima, assenza di negligenza o di incolpevole ignoranza*» (Cass. civ., sez. III, 23.06.2009, n. 14628, nella parte motiva si legge addirittura che « Il dolo è cioè rilevante, e la parte ingannata riceve protezione, solo se sussiste la condizione che da fondamento etico alla tutela della buona fede: l'assenza di negligenza o di colpevole ignoranza in chi se ne proclami vittima, in applicazione del noto brocardo per cui *errantibus, non dormientibus iura succurrunt*») ed ancora: «In tema di dolo quale causa di annullamento del contratto, sia nella ipotesi di dolo commissivo che in quella di dolo omissivo, gli artifici o i raggiri, la reticenza o il silenzio devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza» (Cass.civ. sez. II, 31.05.2018, n.13872, ed anche Cass. 23.06.15 n. 12892 ma v. anche altre massime, di analogo tenore, in P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, cit., p. 1393, e meno recenti in CENDON e GAUDINO, *I dolo nei contratti*, in Alpa e Bessone (a cura di), *I contratti*, IV-2, in *Giur. sist. civ. comm*. Bigiavi, Torino,1987, p.706 ss.). Va detto, in ogni caso, come la giurisprudenza utilizzi massime di tal genere per lo più in mancanza di una vera e propria attività ingannatoria, oppure nei casi in cui accerta la presenza del dolo determinante, accogliendo la domanda di annullamento.

[236]Si vedano a mero titolo di esempio Cass. 7.8.1935, n. 3339 in *Rep. For. It*., voce "Obb. e contratti", n. 99, 1935; Cass. 2.3.1933, in *Giur.it*., 1933, I, 605 ss.

[237]In questo senso sostanzialmente TRABUCCHI voce *Dolo* (dir.civ.), in *Novissimo dig. it*., Torino, 1960, p.152 ss., e ad oggi ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 767. P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, cit., p. 1394 giudica questa argomentazione meno stringente di quanto non possa

dottrina più autorevole sul tema, la quale rileva come ‹‹rispetto alla volontà della vittima, si deve considerare soltanto la determinazione da un agire in mala fede››, non essendo ‹‹giusto che se l'autore dell'inganno ha saputo giovarsi di una debolezza personale della vittima, ne sfrutti poi le conseguenze a suo vantaggio››[238]. Lì dove, alludendo alla debolezza personali, l'illustre autore intendeva riferirsi, nello specifico, alle «persone di poco criterio», o a chi si trovasse in condizione di «passeggiera o temporanea infermità e debolezza mentale» o al caso di «violazione della fiducia». Tutte condizioni, queste, che come si è già rilevato «facilitano gli effetti del dolo», e per le quali, dunque, ai fini della determinazione in errore «basta anche il più semplice raggiro», essendo il concetto stesso di inganno dipendente «dalla credulità altrui»[239].

«Il principio *vigilantibus iura succurrunt*» si osservava infine «non ha significato da solo di fronte all'agire doloso dell'altro contraente»[240]. Ed era proprio un tale agire doloso ad essere visto dall'A. come una condotta illecita, tale da rendere rilevante qualsiasi errore in cui fosse caduto il *deceptus*, tanto non essenziale, quanto non scusabile. Al fondo di questa concezione stava un'idea di dolo, in realtà, un poco distante rispetto a quella fatta propria dalla dottrina dell'epoca che esaminava il vizio in parola, in pratica, come una forma di errore. Ma se nel passato una tale tesi era stata formulata compiendo uno sforzo ricostruttivo consistente nel recupero dell'idea di dolo come sanzione per la condotta frodatoria del *decipiens* tratta dalle fonti del diritto romano, pare che ad oggi essa sia più agevolmente sostenibile, e che anzi non possa che essere sostenuta alla luce del mutato contesto normativo[241].

---

apparire, considerando che il dolo comporta un allargamento dell'area di rilevanza dell'errore, fino a comprendere l'errore sui motivi. Infine, l'A. arriva - sebbene con qualche distinguo - ad appoggiare la soluzione qui accolta.

[238]TRABUCCHI, voce *Dolo*, in *Novissimo dig. it*., cit., p.152; ID, *Il dolo,* cit. p. 416 ss.; in senso analogo CARRESI, *Sui requisiti del dolo*, in *Giur. toscana*, 1952, p. 228 ss.

[239]TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., rispettivamente p. 415, 416.

[240]TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 417 s. (il pensiero dell'A. può leggersi come ideale replica alla posizione di Cass. civ., sez. III, 23.06.2009, n. 14628). L'A. proseguiva ricordando come l'aver ricondotto il dolo alla categoria tecnica del vizio del volere comporti che lo stesso non debba per forza di cose raggiungere una determinata intensità, ma avere solo l'effetto di indurre, in concreto, in errore (ferma restando, si precisava subito, l'irrilevanza del silenzio e della reticenza).

[241] SACCO*,* in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 569 (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici) giunge ad analoghe conclusioni facendo anche riferimento all'art. 1337 c.c.

L'efficacia decettiva del raggiro, dunque, va misurata in concreto, producendo effetti invalidanti anche quell'attività ingannatoria che non avrebbe (in astratto) la capacità di sorprendere (indurre in errore) una persona dotata di medie capacità intellettive[242].

Il discorso che si è andati svolgendo era pur sempre relativo all'efficacia decettiva del raggiro, sul presupposto che in ciò si fosse sostanziata l'attività di induzione in errore del *decipiens*. Proprio intorno a questa nozione, però, si coglie la vera rigidità della disciplina del dolo. Esso indica, nell'interpretazione maggioritaria in dottrina, senz'altro accolta dalla giurisprudenza[243], la necessità che l'attività ingannatoria si sostanzi in una condotta attiva. Non solo: i raggiri di cui discorre l'art. 1439 c.c., corrisponderebbero ad una condotta fatta di malizie ed astuzie capaci di integrare una vera e propria macchinazione[244]. L'attività ingannatoria, dunque, deve realizzare una messinscena, tale da creare una realtà

[242] TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 418. Così opinando l'a. si poneva il problema di delineare un concetto di *dolus bonus*, ed anche qui formulando una tesi innovativa rispetto a quella della dottrina coeva. Il *dolus bonus*, si rilevava, non è quell'attività illecita che non è idonea a trarre un soggetto di medie capacità, ma è un complesso di convenzioni accettate socialmente, che come tali non sono valutate (ad una stregua sociale) nemmeno come illecito. In definitiva, concludeva l'a., l'illiceità della condotta si valuta ad una stregua oggettiva, la sua attitudine ad indurre in errore, ad una stregua soggettiva. Per una corretta ricostruzione del concetto di *dolus bonus* ad oggi (sul solco dell'insegnamento di Trabucchi), si v. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1047 ss., ed in particolare la nota 119.

[243] Talvolta si afferma erroneamente che la giurisprudenza avrebbe oramai riconosciuto la figura del c.d. dolo omissivo. Se si leggono però le massime sul punto (e ancor di più le sentenze per esteso), non si può che giungere a conclusioni di segno diverso. Basti citare la massima tralatizia sul tema: «Affinché possa configurarsi dolo omissivo e possa giungersi all'annullamento del contratto, è necessario che l'inerzia o il silenzio di uno dei contraenti *s'inserisca in un comportamento complesso, preordinato, con malizia ed astuzia, ad ingannare* la controparte. *Il semplice silenzio o reticenza, viceversa, anche se afferenti a situazioni che risultino d'interesse per la controparte, non sono di per sé sufficienti a costituire il dolo omissivo* e ad invalidare il contratto. Ciò perché essi *non mutano la realtà*, ma si limitano a non contrastarne la percezione, cui la controparte sia autonomamente pervenuta» (Cass. civ., sez. VI, 08.05.2018, n. 11009, cors. nostro). Non si può non osservare come la giurisprudenza, affermando che il dolo omissivo non può essere integrato da silenzio o reticenza, finisce per negare la configurabilità stessa della figura. Per una lucida e puntuale analisi della giurisprudenza in materia di dolo omissivo si v. G. DE CRISTOFARO, *Il (difficile) dialogo fra dottrina e giurisprudenza in materia di annullabilità del contratto: il caso del dolo omissivo,* in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti* (a cura di C. Perlingieri e L. Ruggieri), *Lezioni raccolte da P. Perlingieri*, Napoli, 2016, p. 317 ss.

[244] TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 526: «sono partito…dalla più comune e nota definizione di dolo che si trova nelle fonti, riferita a Labeone: *dolus est omnis calliditas, fallacia, machinatio*…ma…rimane assai più propria a mio avviso l'altra definizione - di Servio -…: *dolus est machinatio quaedam, alterius decipiendi causa, cum aliud simulator et aliud agitur*».

falsata, artificiale appunto, che l'altro contraente assuma come vera, cadendo perciò in errore[245].

Non sarà sufficiente ad integrare gli estremi della figura, allora, una condotta che si collochi, per così dire, al di sotto di tale soglia. Non solo, dunque, non sarebbe capace di dare corpo al dolo una condotta omissiva, ma nemmeno, secondo le tesi più restrittive il mendacio od ogni altra condotta che, seppur attiva[246], non produca un mutamento dei fenomeni empirici. Un conto, si osserva, è creare, attraverso una condotta fatta di artifici, una realtà falsa; ma altra è ben diversa cosa è limitarsi a tacere o negare il vero[247].

Ove si voglia comprendere la ragione alla base di tale valutazione, sarà vano cercarla nella lettera della legge, che sul punto detta, come si è visto, una disciplina

[245] TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., in particolare p. 491 ss., e 526 ss. In definitiva, secondo l'illustre A. il dolo deve consistere in una «*modificazione volontaria e intenzionale nello stato dei fatti* che importi conseguenza sulla determinazione altrui» (cors. nostro). Lì dove l'accento va posto sull'idea di modificazione appunto, che non si verifica in presenza di condotte consistenti in silenzi, reticenze e nemmeno nel mendacio. Le tesi di Trabucchi sono accolte e ribadite in modo pienamente adesivo da DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, cit., p. 768 s.; sostanzialmente con questa impostazione, anche se con meno nettezza, v. anche ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 760 ss. Si ricordi quanto statuisce la giurisprudenza relativamente a silenzio e reticenza: «essi *non mutano la realtà*, ma si limitano a non contrastarne la percezione cui la controparte sia autonomamente pervenuta» (Cass. civ., sez. VI, 08.05.2018, n. 11009, cors. nostro), il che per implicito assevera, appunto, una concezione di raggiro come attività idonea a mutare la conformazione della realtà.

È opportuno dare conto del fatto che, anche sotto questo profilo, il pensiero di Trabucchi si presenta come innovativo rispetto alla dottrina dell'epoca, la quale invece tendeva per lo più ad ammettere, sebbene non in modo costante, la configurabilità del dolo omissivo. Si v. a mero titolo di esempio COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 392 il quale equiparava al raggiro il «passare sotto silenzio una circostanza che per legge, gli usi del commercio e la natura del negozio si era obbligati a rivelare».

[246] Ed è in questo senso che dev'essere letta, a nostro avviso, l'affermazione di MIRABELLI, *Dei contratti in generale,* in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, p. 559 s., secondo il quale il mendacio sarebbe da ricondurre al dolo omissivo. Un tale idea (che si rinviene costantemente riportata nella dottrina con notazioni critiche) viene per solito contestata rilevando come il mendacio sia una condotta attiva e non certo omissiva. Non è dato supporre che tale rilievo sia però sfuggito all'a., il quale intendeva senz'altro evidenziare l'irriconducibilità di entrambe le figure al dolo come vizio del volere, alla luce dell'impostazione di cui si è dato conto.

[247] SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 554 ss. contesta fermamente queste posizioni. Secondo l'a., avendo introdotto l'art. 1337 c.c. l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, non potrebbe non rivelarsi antigiuridico (in quanto, appunto, contrario a buona fede) ogni comportamento volto all'inganno: «Non vediamo la possibilità di zone neutre, in cui la buona fede sia di già violata…l'inganno sussista e tuttavia si sia fuori dal raggiro».

assai scarna[248]. La si ritroverà, piuttosto, ed ancora una volta, nel principio di eguaglianza formale. Se i contraenti, s'intende, sono visti come pari l'uno di fronte all'altro, ciò sta a significare che il legislatore ha inteso gravare ciascuno di essi in egual misura di un onere di diligenza circa il reperimento delle informazioni per sé rilevanti. Nessuno, dunque, potrà aspettarsi di essere informato dalla controparte, e ciascuno, informandosi, sarà immune da qualsiasi menzogna. Per usare le parole della dottrina più autorevole: «ciascuna delle parti deve tutelare i propri interessi, soprattutto con la più completa possibile informazione. *Caveat emptor* (...) non si arriverà all'annullamento, come regola generale, per la semplice violazione della fiducia che una parte abbia nell'onestà dell'altra, e perché questa non abbia sufficientemente illuminato la prima sulla portata e sul contenuto delle clausole contrattuali (...). Molte regole in argomento, tratte da princîpi giuridici e da necessità pratiche, ripetono sostanzialmente che per avere il soccorso del diritto si deve vigilare e non dormire»[249].

Pare chiaro, nondimeno, che se quest'impostazione fosse presa alla lettera, ciò condurrebbe a ritenere del tutto ingiustificata la disciplina dettata dal legislatore in tema di errore, giacché se l'onere di diligenza imposto ai contraenti fosse tanto stringente, in nessun caso si potrebbe poi invocare a fondamento dell'annullamento del vincolo contrattuale una falsa rappresentazione della realtà imputabile alla propria negligenza (sia pure, come si è visto, inescusabile).

Ma conducendo il discorso ad un livello appena più approfondito va rilevato come l'interpretazione del dolo data dalla dottrina tradizionale non si ponga in dissintonia, ma piuttosto si armonizzi alla disciplina normativa dell'errore. L'errore cagionato dal raggiro, come si è detto, può consistere anche in un errore che attenga ai motivi, ossia, si potrebbe dire, al programma soggettivo che la parte si prefigga di raggiungere attraverso il contratto. Se così è, appare del tutto logico che tale eccezionale rilevanza assegnata dal legislatore al motivo individuale sia compensata dalla necessità che l'errore sia indotto da un'attività ingannatoria

[248] Si v. per questa osservazione SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 549, ma anche VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, 1972, Padova, p. 38, la quale osserva, a nostro avviso correttamente, come dalla lettera della legge non possano trarsi indicazioni decisive circa la natura dei mezzi (attivi o omissivi) dell'attività ingannatoria.

[249] TRABUCCHI, *Il dolo*, cit. p. 493 ed ivi anche nota 1.

particolarmente intensa e deprecabile. Ciascuno deve vigilare e non dormire, dunque, nel perseguimento dei propri interessi; ma precisando, però, che a rigore tali sono quelli che non siano stati resi comuni in quanto in certa misura oggettivizzati traducendosi in uno degli elementi indicati dall'art. 1429 c.c[250]. Ragionando diversamente, ed ammettendo che possa dirsi doloso il comportamento di chi soltanto approfitti dell'errore in cui sia caduta la controparte, si arriverebbe a rompere la linea di confine che separa l'errore dal dolo, dovendosi dire rilevante ogni tipo di errore, a patto che sia stato riconosciuto e non svelato[251].

Volendo usare un'espressione di sintesi, integra lo schema del dolo la sequenza raggiro-errore-contratto, ma non anche quella errore-approfittamento (mala fede)-contratto.

Se non che, questo ragionamento, senz'altro scevro da incongruenze di per sé considerato e confermato dalla tradizione storica, ha mostrato una qualche debolezza proprio ove si è iniziato a ragionare intorno al tema dell'errore riconosciuto (ed in particolare alla luce della clausola generale di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.).

A questo proposito, il riferirsi dell'art. 1431 c.c., circa la regola di riconoscibilità, ad uno *standard* di persona di normale diligenza (sebbene ponderato sul singolo contraente) consente di ipotizzare dei casi in cui il contraente abbia

[250] Sulle ragioni che hanno indotto, ed inducono, la dottrina ad escludere la rilevanza sul piano invalidante dell'errore sul motivo, si v. quanto riportato riferendo (ma a titolo esemplificativo) il pensiero di Pietrobon e P. Barcellona alla nota 227.

[251] Questa è, infine, proprio l'idea che emerge in SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 564, per il quale ormai sarebbero maturati i tempi per abbattere la linea di confine suddetta e far assurgere a mezzo dell'attività ingannatoria qualunque condotta di mala fede. A conclusioni più moderate era già giunta VISINTINI, *La reticenza*, cit., p. 97 ss., ritenendo idonee a dare corpo al dolo non già tutte le ipotesi di determinazione (o mantenimento) in errore del proprio contraente, ma solo quelle che raggiungessero gli estremi di violazioni intenzionali di obblighi di avviso, tali, comunque, da determinare l'errore. La tesi, ad onor del vero, non giunge ad esiti particolarmente chiari nel delimitare quali fra queste violazioni potrebbero dar luogo ad annullamento e quali no. Opposta, chiaramente, la visione di TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 539, che così chiudeva la sua opera: «la cosciente omissione di un atto, *anche doveroso*, potrà bastare a costituire un illecito, ma non a porre in essere il vizio di dolo»; e si tratta di tesi che la dottrina reputa di dover tener ferme anche alla luce dell'attuale contesto normativo, v. ad es. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, cit., p. 768 s., ma spec. 770 ove riprendendo l'insegnamento del Trabucchi, l'opinione di Sacco non è accolta, ed anzi fornisce un argomento contrario all'ammissibilità del dolo omissivo. Proprio perché il dolo vizio comporta un allargamento dell'area di rilevanza dell'errore, è necessario che alla sua base vi sia una condotta che si connoti nei termini di un'attività che cagioni un mutamento dei fenomeni empirici.

riconosciuto l'errore, sebbene questo non fosse riconoscibile alla luce dei parametri indicati dal dettato normativo. Trattasi dei casi in cui il non errante abbia tenuto un comportamento espressione di una diligenza superiore alla media nell'acquisire informazioni circa l'affare e la controparte, oppure sia stato giovato dal caso, scoprendo accidentalmente l'altrui errore. La dottrina si è sempre interrogata sul trattamento normativo da assegnare all'errore riconosciuto ma non riconoscibile in astratto, arrivando tuttavia a formulare conclusioni assai distanti fra loro anche in tempi relativamente recenti[252].

L'opinione maggioritaria, sul punto, ha così ragionato: ha ricordato come l'art. 1431 c.c. sia posto a tutela del non errante il quale, non avendo riconosciuto l'errore - perché non poteva e non doveva riconoscerlo –, mostra di avere riposto nella validità del contratto un affidamento che merita di essere tutelato. Diversamente, ove l'errore fosse da egli riscontrabile con la normale diligenza, il codice preferisce salvaguardare la protezione della volontà dell'errante, consentendo l'annullamento del contratto. Facendo aggio sul principio appena espresso, risulta naturale l'affermazione per cui ove sia data prova che l'errore era effettivamente riconosciuto dal non errante ciò faccia venir meno la necessità di tutelarne l'affidamento, e dunque in buona sostanza di fare applicazione dell'art. 1431 c.c. L'errore riconosciuto, si dice oramai tralatiziamente, può non essere riconoscibile[253]. L'esito appare del tutto logico, eppure non sempre si sono avvertite le potenzialità di un periodare siffatto.

---

[252] La questione della irrilevanza della riconoscibilità dell'errore riconosciuto (così come dell'errore comune) era il terreno di scontro fra la teoria che vedeva nell'art 1431 c.c. una norma che tutelava l'affidamento in concreto, e quella che invece propendeva per la tutela dell'affidamento in astratto.

[253] Questa sequenza argomentativa si rinviene molto di frequente in dottrina, si v. ad es. FEDELE, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. al c.c.* (diretto da D'Amelio e Finzi), *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p.708; ALLARA, *La Teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p. 127 ss., e più di recente ad es. ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 38 s. Nelle opere di maggior rilievo relativamente all'errore, tuttavia, la problematicità di questa impostazione veniva avvertita. Si v. ad es. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 237 ss. che fa discendere la conclusione non dalla necessità di non tutelare l'affidamento del non errante, bensì dal principio dell'equo pareggiamento degli interessi, il quale imporrebbe all'interprete di evitare interpretazioni della norma di validità che *pur coerenti in linea logica* conducano a "sbilanciare" l'equilibrio fra la tutela che la legge concede all'errante e al non errante, a favore di uno dei due. Anche GALGANO, *Dell'annullabilità del contratto,* cit., p. 300 invita a ricercare la giustificazione di questo orientamento fuori dalla disciplina dell'errore, ed in particolare nell'art. 1147 c.c. il quale indica (ma esprimendo un principio generale) come la effettiva conoscenza superi sempre l'astratta

Basti riflettere sulle conseguenze che ne derivano: ove si tratti di errore essenziale riconosciuto, per quanto non riconoscibile, in contratto dovrà dirsi annullabile. Ove ad essere riconosciuto sia un errore non essenziale, per quanto determinante del consenso, il contratto sarà valido[254]. Non appaiono immediate, a questo punto, le ragioni di una tale distinzione, giacché se il fatto dell'avvenuto riconoscimento consente di non applicare l'art. 1431 c.c., lo stesso potrebbe accadere per l'art. 1429 c.c. Quest'ultima norma, nel momento in cui seleziona le tipologie di errori che possono dirsi essenziali, di certo non lo fa in un'ottica volta a tutelare l'errante. Se l'altro contraente, cioè, ha riconosciuto l'errore, non si vedono buone ragioni per differenziare la sua posizione, a seconda della realtà sulla quale l'errore è venuto a cadere. Questa è un'area, si intende dire, in cui il principio di irrilevanza del motivo individuale non ha mostrato buone ragioni per esser applicato.

Può proseguirsi con un'ulteriore considerazione. L'art. 1431 c.c. è evidentemente pensato per il contraente che, pur potendo, non abbia riconosciuto l'errore, riconnettendosi tale mancato rilievo ad un'ipotesi di negligenza (né dà prova l'uso del condizionale impiegato nel testo della disposizione). Ma quando si afferma, però, che chi ha riconosciuto un errore pur non riconoscibile è un soggetto il cui affidamento non merita di essere tutelato, non s'intende, né si può, formulare nei confronti di questi un giudizio di colpa. Si intende piuttosto affermarne la mala fede, che riposa nel fatto di non aver comunicato alla propria controparte di essere caduta in errore[255].

---

conoscibilità. Nella giurisprudenza si v. da ultimo Cass. 12.10.2017, n. 23996, la quale ha stabilito come nel caso di errore bilaterale non venga il rilievo la regola dell'art. 1431 c.c., non essendovi affidamento da tutelare. Va da sé che tale periodare sottende il riferimento all'affidamento in concreto.

[254] Va altresì notato come il tema dell'errore riconosciuto sul motivo sia l'unico capace di avere risvolti pratici. Difficilmente, difatti, un errore essenziale potrà non essere riconoscibile (visto il suo riferirsi ad elementi del contratto). Non sembra corretto, invece, immaginare che l'errore sul motivo possa essere riconoscibile alla luce dei parametri indicati dall'art. 1431 c.c., mentre senz'altro potrà essere conosciuto.

[255] Nella dottrina meno recente, si osservi, la mancata comunicazione all'errante di essere incorso in un errore essenziale era costruita come ipotesi di mala fede, ma ricollegata, per i più, all'art. 1338 c.c. (essendo il contratto poi annullabile). Diversamente ove si fosse trattato di errore sul motivo era meno certo che sussistesse quest'obbligo di comunicazione, non essendo ancora dato per assodato che l'art. 1337 c.c. potesse esserne la fonte. Sul tema si v. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 64 ss.

Se non ci si inganna, dunque, pare che la dottrina, nell'ammettere che l'errore essenziale riconosciuto possa essere rilevante a prescindere dal requisito della riconoscibilità, abbia (il più delle volte inavvertitamente) introdotto un'ipotesi in cui la mala fede muta la conformazione delle regole di validità (dell'art. 1431 c.c., come si è visto, ma non anche del 1429 c.c.), e fatto discendere l'invalidità, in detta ipotesi, dal mancato assolvimento di un obbligo di comunicazione[256].

La disciplina dell'errore riconosciuto, in definitiva, non è stata ricostruita in modo coerente[257]. E difatti, rispetto all'interpretazione ancora corrente in dottrina, vari autori hanno tentato di compiere- se è consentita l'espressione- un passo avanti o uno indietro. Si è così riaffermato che la riconoscibilità dell'errore andrebbe valutata pur sempre riferendosi al dettato dall'art. 1431 c.c., irrilevante essendo il riconoscimento in concreto[258]; da altri - ed è questo ramo dell'alternativa che ora interessa - si è ammesso, invece, che innanzi alla condotta di chi riconosca l'altrui

[256]Questa è in sostanza la critica mossa alla tesi del c.d. affidamento in concreto da P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore*, cit., p. 202 s., il quale si basa su una rigida distinzione tra norme di validità e buona fede. Per l'a., in definitiva, la regola della riconoscibilità tutelerebbe l'affidamento in astratto, indicando all'interprete di compiere una valutazione di riconoscibilità prescindendo da ogni riferimento ai soggetti, o ad elementi del caso concreto. La regola di riconoscibilità, nota l'a. è da riferire all'errore ed è una caratteristica oggettiva di questo, e non alla persona del non errante, rispetto al quale non si richiede né si ammette alcuna indagine di tipo "psicologico" («con il requisito della riconoscibilità l'errore cessa di essere un fatto psichico e appare nel mondo dei fenomeni intersoggettivi come un quid esteriore oggettivamente e socialmente apprezzabile», *Profili della teoria dell'errore*, cit., p. 196); SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 529 ed ivi nota 7, ironizza su questa posizione, affermando come «l'ideale sarebbe se l'errante desse previa notizia dell'errore sui fogli degli annunzi legali della sua provincia». La critica, ingenerosa, mette in luce come, comunque, la riconoscibilità riguardi il rapporto fra errore e destinatario della dichiarazione, per cui richiederne una misura eccessivamente astratta finirebbe proprio per svilire la regola posta dall'art. 1431 c.c. Per una contestazione più approfondita della tesi, v. anche le p. 531 ss.

[257] V. difatti SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 529, il quale aggiunge come «il tema sta diventando delicato, perché si incomincia a vederlo come collegato al problemone della difesa del contraente debole».

[258] In questo gruppo di tesi si evidenzia (a parte il già riferito pensiero di P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore*, cit., p. 202 s.) in particolare quella basata sull'analisi economica del diritto. In tal spenso spec. VILLA, *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, in *Quadrim*., 1988, p. 286 ss. (ma sulla scia di KRONMAN, *Errore e informazione sull'analisi economica del diritto contrattuale*, in *Pol. Dir*., 1980, p. 289 ss.). Il fulcro della tesi sembra essere questo: quando il contraente riconosce l'errore altrui per aver profuso dei costi nella ricerca di informazioni, se non si vuole vanificare tale spesa, non dovrebbe ritenersi sorto un obbligo di informare la controparte. Vice versa un tale obbligo informativo sussisterebbe ove la scoperta dell'errore sia accidentale.

errore, cada altresì la necessità di tutelarne l'affidamento, ma rendendo rilevante a quel punto anche un errore sui motivi. Così opinando, l'errore riconosciuto è stato ricondotto all'unica fattispecie in cui la falsa rappresentazione dei motivi ha rilievo sul piano dell'invalidità, ossia al dolo. Si è andata diffondendo, insomma, l'idea che riconoscere l'errore in cui è caduta la controparte e non averlo comunicato costituirebbe un comportamento parificabile al raggiro[259].

Può qui sintetizzarsi il periodare della dottrina cui ci si riferisce: «l'art. 1337 c.c. ci impone…di affermare che le parti debbono illuminarsi a vicenda quando scoprono l'errore altrui…tale obbligo vale a rendere rilevante il nesso causale fra l'omissione del contraente che ha taciuto e la falsa rappresentazione. Il contratto è allora invalido perché il consenso dell'errante è viziato da dolo»[260]. L'introduzione fatta dal legislatore in norme di settore di obblighi di informazione, poi, nulla aggiunge a tale ragionamento, ma solo rafforza la convinzione della correttezza del suo esito[261].

Aver ricostruito la dinamica che ha mosso alcuni interpreti a tentare di estendere la rilevanza del raggiro al di là del concetto di messinscena, denuncia, ad avviso di chi scrive, come la figura del dolo omissivo sia stata ricostruita spesso "a ritroso" prendendo a punto di partenza (non il dolo ma) l'errore, e "lavorando" intorno alla clausola generale di buona fede ex art. 1337 c.c., e quindi con un metodo di per sé votato all'insuccesso[262].

---

[259] Questa è l'idea sviluppata in special modo da SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 530, 558 ss., spec. 564: «è lecito dire che l'errore riconosciuto e il dolo (cosciente) per omissione sono tutt'uno»; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 753, difende la tesi che vede nel concreto riconoscimento dell'errore una

circostanza di fatto idonea a disapplicare la regola di riconoscibilità fissata dall'art. 1431 c.c. rilevando come si tratti di un'ipotesi che «si situa ai confini col dolo, nella variante di dolo omissivo o reticenza». Se non che poco oltre, trattando di queste due ultime figure, l'A. stenta a ricondurle senz'altro all'area dei vizi invalidanti. La sensazione è quella per cui ad oggi si affermi la rilevanza sul piano invalidante dell'errore essenziale riconosciuto ma non riconoscibile, "sommando" "mezzo errore" e "mezzo raggiro". Diversamente P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, cit., p. 1391, parifica a sua volta l'errore riconosciuto e non svelato al dolo.

[260] SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 562 s.

[261] SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 567: «le norme sparse sull'obbligo di informazione ci offrono un termometro per misurare quale sia il grado di lealtà che l'ordinamento è propenso a propendere, mediamente, all'inizio del XXI secolo»

[262] Ed in questo senso sono ineccepibili le critiche formulate alla tesi in parola da DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, cit., p. 770. Ma è davvero rivelatrice dell'inversione di metodo che si è messa in luce l'affermazione di

Avverso questa tesi, dunque, possono formularsi almeno due obiezioni, che sono per ora enunciate, ma che saranno in seguito più adeguatamente sviluppate[263]. Se può essere vero, in primo luogo, che riconoscere un errore e non informare la controparte sia contrario alla regola dell'art. 1337 c.c., non è affatto vero, invece, che sia la condotta in mala fede a *causare* l'errore. Anche a voler applicare i principi di causalità giuridica, l'evento che si avrebbe l'obbligo giuridico di impedire non sarebbe certamente il verificarsi di una erronea rappresentazione della realtà, ma semmai la conclusione del contratto[264]. Si è, quindi, fuori dal concetto stesso di dolo.

In secondo luogo, e più radicalmente, poi, è da ritenere frutto di una sostanziale petizione di principio l'idea per cui ogni condotta connotata da mala fede che si sostanzi nell'indurre o nel mantenere l'altro contraente in errore debba trovare sanzione per il tramite di un'azione d'impugnativa che valga a rimuovere dal mondo giuridico il contratto. Fin tanto che, s'intende, l'art. 1337 c.c. riconduce

---

GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr*., 1997, 423 ss.:«da quanto la Cassazione ha equiparato il dolo omissivo al dolo commissivo…la violazione della buona fede precontrattuale può produrre effetto invalidante del contratto». Si tratta di un'affermazione per un verso non condivisibile (non avendo la Cassazione affatto compiuto tale equiparazione), ma che soprattutto mette in luce come il dolo omissivo sia stato inteso come "mera" violazione della regola di buona fede *in contrahedo,* secondo un modo di ragionare che valorizzando la portata dell'art. 1337 c.c., d'altra parte rischia di "cancellare" l'art. 1439 c.c.

[263] Cfr. al Cap. III, il par. 3.4.3.

[264] Ad avviso di chi scrive non è quindi condivisibile, in parte, la contestazione che alla tesi di Sacco muove D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1038. L'a. difatti afferma che: «qualora si ammetta…l'esistenza di un obbligo di informazione…non potrebbe non riverberarsi sul nesso di causalità, nel senso di rendere rilevante (in base al principio che equipara l'omissione al comportamento positivo, quando la prima si ponga in violazione di un esplicito obbligo di fare) il rapporto di causalità tra il silenzio (o la reticenza) di una parte e l'errore in cui l'altra sia incorsa». Posta questa premessa egli poi denuncia il carattere esorbitante delle conseguenze che ne deriverebbero e dunque conclude non tanto per la non configurabilità, nel caso, del dolo, ma più radicalmente per l'inidoneità dell'art. 1337 c.c. a far sorgere obblighi informativi. Se non che poi (p. 1046 nota 111) trattando del caso del mancato adempimento degli obblighi informativi aventi radice in puntuali disposizioni di legge, egli non conclude, come avrebbe dovuto coerentemente fare, per la natura decettiva di tale condotta, affermando invece genericamente essere «controverso» un eventuale riflesso sul piano dell'invalidità, e «dubbio» che per le normative di settore valga la logica dei tradizionali vizi del volere. In queste contraddizioni l'a. incorre, probabilmente, a causa della necessità di difendere la propria tesi per cui in nessun caso la responsabilità precontrattuale potrebbe operare in caso di stipulazione di un contratto rispettoso delle regole di validità poste dagli artt. 1427 ss. c.c.

alla mala fede una responsabilità, non si vede perché ci si debba avvalere di questa norma per tentare di mutare i confini di una regola di validità qual è l'art. 1439 c.c.

Per quanto attiene alla rilevanza delle debolezze intellettive, nel campo del dolo, possono dunque formularsi le seguenti conclusioni: (i) ammesso che l'efficacia decettiva del raggiro sia da valutare in concreto, può dirsi che le condizioni personali del *deceptus* siano tali da rendere rilevanti quelle attività ingannatorie che non indurrebbero in errore una persona di normale diligenza e normale avvedutezza; (ii) resta comunque il fatto che il raggiro deve sostanziarsi in un'attività che induca in errore, che produca un mutamento dei fenomeni empirici tale da annichilire lo sforzo di diligenza eventualmente profuso dall'altro contraente nel reperire le informazioni per sé rilevanti. Va escluso, in linea di principio, che l'omissione di un onere informativo possa integrare gli estremi di una tale condotta, nonché ribadita l'irrilevanza, sul piano del dolo, della condotta di chi abusi dell'errore in cui sia caduta, a cagione della propria debolezza intellettiva, la controparte contrattuale[265].

### 2.1.5. L'area della debolezza volitiva. Lo schema "minaccia – timore – contratto" nella disciplina legislativa della violenza morale.

Si è già detto come le altre condizioni di debolezza incluse nell'ambito applicativo dall'*unfair exploitation* potessero essere ricondotte all'area delle debolezze volitive. Chi contrae avendo difficoltà economiche, bisogni urgenti, o essendo in stato di dipendenza con la controparte, non può dirsi certamente intellettualmente debole, rappresentandosi correttamente il senso e le conseguenze del contratto a cui si vincola, e raffigurandosi altresì l'eventuale pregiudizio che esso gli arreca. Le situazioni sopra descritte pongono, cioè, il soggetto di fronte

[265]È rimasta in ombra, infine, la questione del trattamento normativo da riconoscersi all'errore riconosciuto ma non riconoscibile alla luce dei parametri indicati dall'art. 1431 c.c. Ad avviso di chi scrive una soluzione corretta sembra potersi trovare a patto di ammettere che essenzialità e riconoscibilità non si situino in una posizione equiordinata. S'intende dire che la riconoscibilità non è, al pari dell'essenzialità, requisito di rilevanza dell'errore. Ciò nel senso che l'essenzialità ha in sé la capacità di rendere rilevante l'errore, fungendo la piuttosto *non* riconoscibilità da limite a tale rilevanza. Se si accetta tale lettura, non vi è poi nessuna difficoltà ad ammettere anche il riconoscimento in concreto possa far sì che il l'essenzialità dispieghi effetti invalidanti anche a prescindere dal rispetto delle condizioni formalizzate nell'art. 1431 c.c.

all'alternativa fra concludere il negozio e subire un male, inducendolo a perseguire la prima opzione. Questi si trova, insomma, in uno stato di costrizione[266].

Il discorso può prendere avvio della violenza morale[267], e dalle indicazioni che, sul punto, vengono dal diritto positivo, ed in particolare all'art. 1435 c.c. il quale, nel dettare l'articolazione di tale vizio, prevede una serie nutrita di requisiti. Si stabilisce, difatti, che la violenza (o per meglio dire, la minaccia) debba essere «tale da far impressione sopra una persona sensata» ed ingenerarle il timore di esporre sé ed i suoi beni ad un male «ingiusto e notevole». Si aggiunge infine «si ha riguardo, in questa materia, all'età, al sesso e alla condizione delle persone».

Il legislatore, dunque, non si accontenta di stabilire che la minaccia possa essere causa di annullamento del contratto purché abbia ingenerato timore, ma subordina l'accesso al rimedio invalidatorio al ricorrere di altre condizioni. Anche qui, dunque, sono evidenti le tracce del percorso di oggettivazione del contratto che si è a più riprese menzionato, e che impone di non considerare soltanto la condizione di chi emette la dichiarazione viziata, ma anche gli effetti che la dichiarazione può avere nel traffico giuridico, privilegiando in molti casi la stabilità del vincolo pur a discapito di posizioni soggettive "alterate". Ciò può essere detto pur ricordando che qui la protezione del consenso del minacciato si fa più elevata, essendo rilevante incondizionatamente la violenza proveniente da un terzo, e imponendo, come si vede, il legislatore di tenere conto delle condizioni personali del minacciato. Quello dell'art. 1435 c.c., si è sottolineato, è uno dei rari casi in cui il legislatore considera età, sesso e condizioni di un contraente, al fine di delimitare l'ambito applicativo di un rimedio invalidatorio[268].

---

[266] SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 574 ss.

[267] Ci si chiederà, segnatamente, quale sia l'estensione con cui la disciplina della violenza tutela il contraente in stato di costrizione. La domanda sembra legittima anche se svolta alla luce della considerazione per cui, nel nostro ordinamento, stato di pericolo e stato di bisogno sono presi in considerazione nella disciplina della rescissione. Il che contribuisce, comunque già in limine, a ritenere che allo stato di costrizione provocato da bisogno e pericolo non possa porre rimedio la disciplina recata dagli artt. 1434 ss. c.c. Sulla violenza in generale si v. ad es. TRABUCCHI, voce *Violenza*, cit., p. 950 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La violenza nei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1962, p. 411 ss.; CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1970, p. 127 ss.; CORSARO, voce *Violenza (dir. civ.)*, in *Enc. Giur*, XXXII, Roma, 1994, p. 2 ss.; R. CAVALLO BORGIA, *Dell'annullabilità del contratto,* cit., p. 331 ss.; GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1611ss.; DEL PRATO, *L'annullabilità*, cit., p. 291 ss., oltre alla dottrina che sarà via via citata nel prosieguo.

[268] DOGLIOTTI, *I diritti dell'anziano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1987, p. 712 ss.

Il che non toglie, sembra di poter dire, che il legislatore prende pur sempre a modello un'astratta figura di contraente medio, riferendosi allo *standard* di persona sensata - cioè di persona con normale forza d'animo e capacità di resistenza – ma ragionevolmente calato nei panni della vittima. Si è parlato, anche in questo caso, ed a ragion veduta, di criterio oggettivo ponderato[269].

Si potrebbe osservare - per sminuire la rilevanza di tali valutazioni - che, essendo il diritto fatto di previsioni generali ed astratte, lo stesso non possa che riferirsi, di volta in volta, ugualmente a soggetti giuridici astratti. Ma l'obiezione non coglierebbe nel segno, giacché non mancano ordinamenti nei quali si ritiene giuridicamente rilevante, a fini invalidatori, la minaccia che abbia impressionato, semplicemente, l'altro contraente[270].

Prendendo in considerazione questa diversa opzione possibile nella formulazione della norma meglio si comprende in che cosa si sostanzi la scelta di fondo compiuta dal nostro codice, nel considerare i contraenti quali soggetti giuridici formalmente uguali, perché entrambi ragguagliati ad uno *standard*[271].

Ed è forse questa linea di fondo ad avere spesso indotto la dottrina ad accedere ad una interpretazione della norma tesa a svalutare, anziché valorizzare, i pur presenti indici normativi che consentivano di aprire la strada ad una maggiore considerazione del "caso concreto".

Secondo la dottrina meno recente, difatti, nel valutare i requisiti della violenza dovrebbe compiersi il seguente percorso logico: in primo luogo andrebbe verificato se il male minacciato sia ingiusto, poi se il medesimo sia notevole, e solo alla fine se lo stesso abbia l'attitudine a fare impressione sopra una persona sensata. Le condizioni soggettive del minacciato (o dell'autore della minaccia), tuttavia, sempre secondo questo indirizzo, potrebbero rilevare solo e soltanto nell'ultimo passaggio. La nozione di minaccia rimarrebbe, a voler seguire questa prospettiva,

[269] SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*., cit., p. 167; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 778 ss.

[270] Il riferimento è, specialmente, § 123 del BGB, nel quale si dispone la rilevanza della minaccia idonea a determinare, nella controparte, la conclusione del contratto. Si consideri anche come il novellato art. 1140 del *Code civil* oggi preveda come «Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte *qui lui inspire* la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable» (cors. nostro).

[271] Sottolinea questo aspetto, riconnettendolo al processo di oggettivazione del negozio, M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 245 ed ivi la nota 177.

sempre la stessa, e non sarebbe suscettibile di articolarsi diversamente a seconda delle peculiarità del caso concreto. Queste rivelerebbero soltanto nel misurare l'attitudine causale della minaccia ad ingenerare timore, dovendo però l'ingiustizia del male e la sua notevolezza valutarsi ad una stregua oggettiva[272].

Ad oggi l'impostazione sembra decisamente cambiata. Dapprima si è affermato, infatti, come il secondo requisito del male minacciato, la sua notevolezza, possa cogliersi solo in un'ottica intersoggettiva, non esistendo, in linea di principio, alcun male in sé notevole o non notevole[273].

Cambia anche il modo d'intendere l'ingiustizia del male minacciato. La tesi più restrittiva, difatti, riconduceva il concetto a quello dettato dall'art. 2043 c.c. fra i requisiti dell'illecito aquiliano[274]. Male ingiusto, dunque, era quello teso a provocare un danno ingiusto. Anche tenendo ferma quest'equazione, ad oggi, non si producono certo risultati tesi a restringere l'ambito applicativo dell'art. 1435 c.c., essendo ricondotta l'ingiustizia del danno ad una clausola generale (o, almeno, ad un concetto facente rinvio a delle posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento, ma non già tipizzate)[275].

Tutto ciò consente di valutare i caratteri della minaccia, e la sua attitudine ad ingenerare il timore di un male ingiusto e notevole, in un'ottica più "aperta", tesa a considerare, nel loro complesso, i rapporti tra minacciante e minacciato, ed in particolare, ma non solo, la condizione personale di debolezza quest'ultimo[276].

---

[272] Si v. in questo senso ad es. FEDELE, *Dell'Annullabilità*, cit., p. 729, per il quale l'entità del male minacciato o temuto ne sarebbe un requisito intrinseco, nella valutazione del quale non potrebbe farsi riferimento a nessun elemento estraneo a quest'ultimo.

[273] DEL PRATO, *Le annullabilità,* cit., p. 300: «nella dinamica della violenza il male non deve essere considerato in sé, ma in funzione della sua prospettazione per coartare l'altrui consenso».

[274] ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 780, ma si v. anche SACCO*,* in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 582 ss., e l'ampia analisi di CAVALLO BORGIA, *Dell'annullabilità del contratto,* cit., p. 389 ss.; in altra direzione si è mosso invece DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto*, Padova, 1990, p. 80, il quale ha ritenuto di dover assegnare al termine ingiustizia un significato più ampio di quello che si ritrae dall'art. 2043 c.c. proponendo di accedere ad: «una concezione elastica dell'ingiustizia, la quale, pur coincidente, in un ampio fascio di casi, con l'ambito dell'illecito aquiliano, è in realtà più ampia e sfumata, giacché ricomprende mali in sé insuscettibili di rilevare a questa stregua e però idonei a suscitare quel timore che altera la determinazione».

[275] Si v. a questo proposito, per tutti, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2018, Milano, p. 129 ss.

[276] Per questa impostazione si v. ad es. in parte già TRABUCCHI, voce *Violenza (vizio della volontà)*, cit., p. 946 «è logico che la determinazione di tale criterio di gravità può essere fatta solo

Si tende oggi ad ammettere, dunque, come a fronte di una relazione fra soggetti che sostanzi in una dinamica per cui uno è posto in una condizione di sudditanza nei confronti dell'altro, potrà costituire violenza, nei confronti del primo, anche quella minaccia che non farebbe impressione nei confronti di una persona sensata. Tutto ciò si può riassumere affermando che la nozione di minaccia e l'attitudine causale della stessa a ingenerare timore devono essere valutate se non in concreto, quanto meno alla luce delle circostanze di ogni singolo caso[277].

Se la norma lascia delle lacune, dunque, queste possono ritenersi dovute al collegamento sussistente fra la minaccia ed il timore. Quest'ultimo, difatti, è considerato dal legislatore come vizio invalidante solo allorché sia generato dalla minaccia e – ciò è implicito – sia diretto al fine di far concludere un contratto altrimenti non voluto (che è cioè estorto)[278].

Il sistema normativo non considera, invece, il diverso caso in cui il timore sia ingenerato non già dalla minaccia, ma dalle condizioni particolari che legano i contraenti, di cui l'uno abusi al fine di indurre l'altro a contrarre senza la necessaria libertà. Non conosce, in altre parole, l'approfittamento dell'altrui stato di soggezione o dipendenza (ampiamente inteso). Anzi, i casi in cui sia riscontrabile un abuso dello stato di dipendenza potrebbero dirsi facilmente riconducibili all'art. 1437 c.c., ai sensi del quale, com'è noto, il solo timore reverenziale non può essere causa di annullamento del contratto. La norma, in una prospettiva tesa ad affermare la tipicità e la tassatività contenutistica dei vizi del consenso, è stata ritenuta superflua ed in buona sostanza esemplificativa: quando il legislatore detta le condizioni al ricorrere delle quali la violenza rileva, implicitamente afferma che ogni fattispecie che rimane sotto la soglia del vizio è, di per sé, irrilevante[279].

---

in concreto». Il cambiamento di visione nella interpretazione dei requisiti richiesti dalla violenza è ben segnalato e riassunto da A. GORGONI, *I vizi del consenso,* cit., p. 100 ss.

[277] Più radicale è invece la posizione di CORSARO, *La minaccia di far valere un diritto*, in *Riv.dir.civ*., I, 1971, p. 463, il quale arriva in sostanza ad ammettere che l'efficacia determinante della minaccia involta un giudizio di carattere soggettivo.

[278] TRABUCCHI, voce *Violenza (vizio della volontà),* cit. , p. 943 «la minaccia di per sé viene considerata in quanto causi uno stato di timore…il timore può avere rilevanza solo il quanto sia causato da minaccia. Entrambi sono aspetti di un'unica figura, la violenza-vizio del volere».

[279] Così difatti ALLARA, *La teoria generale del contratto*, cit., p. 192, ma anche FEDELE, *Dell'annullabilità del contratto*, cit., p. 735. In generale, per una "denuncia" circa l'angustia in cui il nostro legislatore avrebbe relegato il vizio della violenza, si v. CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, in *Riv. dir. civ*., I, 1970, 151 ss. *Contra* D'AMICO, voce *Violenza*, cit., p. 27.

Se non che ci si può chiedere se non sia proprio una tale interpretazione a non mostrare un tasso di fedeltà adeguato al dettato normativo, che in proposito comunica con chiarezza solo due cose: la rilevanza del timore indotto da minaccia, l'irrilevanza del «*solo* timore reverenziale»[280].

Il che ha indotto ad interrogarsi circa la possibile riconduzione dell'abuso dell'altrui stato di dipendenza o di soggezione - che si colloca in una zona intermedia fra le due ipotesi indicate dal legislatore - all'area della violenza piuttosto che a quella del timore reverenziale[281]. Si ricordi, per quanto l'argomento sia già stato affrontato, come nel novellato *Code civil* il legislatore francese abbia appunto compiuto una scelta di tal genere, stabilendo che sia violenza altresì il comportamento di chi abusa della dipendenza in cui nei suoi confronti si trovi l'altro contraente[282].

Nel nostro ordinamento, *de iure condito*, nemmeno in dottrina è stato compiuto uno sforzo interpretativo di tale genere[283]. Non vi è dubbio che ove sia

---

[280] G. CRISCUOLI, *Timore reverenziale e approfittamento*, in *Riv. trim dir. proc. civ*., 1988, 374 ss. a questo riguardo ha parlato della regola dell'art. 1437 c.c. come di una formula possibilista, che induce cioè ad affermare la rilevanza delle situazioni rispetto alle quale il timore reverenziale non si presenti come solo, ma abbinato ad altre circostanze. Il pensiero dell'a., sul punto, si ispirava all'istituto dell'*undue influence*.

[281] Si v. sempre G. CRISCUOLI, *Timore reverenziale,* cit., p. 376 il quale si chiede, dunque, se non siano da ricondurre alla violenza ad es. i contratti di vendita conclusi a condizioni svantaggiose per via dell'approfittamento di un particolare legame esistente tra le parti. L'a. cita a tale proposito il legame che si può instaurare fra un soggetto e la propria guida spirituale, o il proprio medico nei confronti del quale si nutra una particolare stima. La soluzione, per l'a. in parola è però negativa.

[282]Non va sottovalutato, però, ad oggi il fatto che nel codice civile francese sia stato reso più sfumato, anche nella disciplina della violenza, il riferimento alla minaccia. Recita difatti l'art. 1140 «Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous *la pression d'une contrainte* qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable» (cors. nostro).

[283] Già TRABUCCHI, voce *Violenza (vizio della volontà),* cit. , p. 951 s. si era posto in termini molto chiari la questione, ed in termini altrettanto chiari l'aveva risolta: «L'annullabilità per violenza non può estendersi a tutti i casi nei quali la formazione del volere derivi da uno stato di necessità…anche quello di provvedere alle conseguenze di una situazione di pericolo può essere un motivo; però in questo campo noi sappiamo che agli effetti dell'annullamento è dato rilievo solo alla violenza e non alla generica mancanza di libertà. D'altra parte, anche sotto un aspetto pratico, guai a noi se dovessimo ricercare, agli effetti delle invalidità che ne derivasse tutti i casi in cui il consenso è stato prestato in conseguenza di una necessità!». Tenendo fede a questo monito l'A. passava così ad esaminare i casi di abuso di soggezione che stiamo considerando: «può darsi che ci sia l'intervento di qualche interessato, non per minacciare, ma almeno per giovarsi dello stato di timore. Si potrebbe parlare in generale di *abuso della situazione*. Anche qui il diritto non interviene a tutelare

presente un vincolo fra contraenti tale per cui l'uno può dirsi in stato di dipendenza o di soggezione nei confronti dell'altro potrà riscontrarsi la presenza della violenza pure a fronte di condotte intimidatorie o che si sostanzino in "pressioni" indirette o larvate, ma comunque tali da *determinare* la conclusione del contratto. L'ottica sotto cui riguardare i requisiti della violenza, come detto, deve consentire senz'altro di ritenere in tali casi sussistente la presenza di una minaccia[284], nè sembra esagerato affermare come accogliendo tale impostazione si possa porre rimedio a molti dei casi di abuso di soggezione, essendo difficile immaginare che l'abuso non si accompagni almeno ad un'attività comunque diretta ad indurre alla stipula.

Sembra, però, che vi sia un nucleo minimo, nella disciplina della violenza, che non può essere messo in discussione senza allo stesso tempo snaturare completamente la sua natura e dunque, trasformarla in qualcosa che, oggettivamente, violenza non è. La violenza è una condotta atta ad indurre timore, allo scopo di incidere sulla libertà negoziale del minacciato. La sequenza è chiara: minaccia - timore - contratto[285].

---

la perfetta libertà dei contraenti…se fosse stata riconosciuta l'annullabilità ci si domanda cosa resterebbe di tutti i requisiti che il legislatore ha posto per limitare il campo di annullamento per violenza…».

[284] Si v. a questo riguardo M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 253 ss., ed ivi la nota 202 per ulteriori indicazioni bibliografiche. L'a. nota come in un'ipotesi di questo genere possa senz'alto parlarsi di violenza tutte le volte in cui vi sia anche una pressione labile sia pur sempre in grado di ingenerare timore; cfr. anche CAVALLO BORGIA, *Dell'annullabilità del contratto,* cit., p. 394, e più di recente anche LOBUONO, *sub* art. 1435, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), Torino, 2011, p. 46 ss., il quale recupera gli orientamenti già espressi nel passato da una parte della dottrina civilistica (FORMICA, *Vizi della volontà: B) violenza*, in *Riv.dir.civ*., II, 1958, p. 44 ss.) e penalistica (MANTOVANI, voce *Estorsione*, in *Enc. giur*., XIII, Roma, 1989, p. 2 ss.) così riportando a proposito dei mezzi della minaccia: «tutte le forme e i modi psicologicamente idonei a coartare la volontà altrui, può essere [la minaccia] diretta o indiretta, determinata o indeterminata, reale o simbolica, palese o larvata (mediante allusioni o persino consigli, esortazioni, preghiere) operata di persona, mediante intermediari…» Sul tema anche D'AMICO, voce *Violenza*, cit., p. 865 ed ivi nota 41, il quale però ritiene di dover perseguire un'interpretazione più restrittiva del concetto di violenza.

[285] Anche qui può essere utile ricordare l'insegnamento di TRABUCCHI, voce *Violenza (vizio della volontà),* cit. , p. 945: «perché ci sia volenza occorrono quindi tre presupposti nel lato attivo: un autore…; una minaccia, cioè un illecito agire; una mala fede specifica, cioè l'intenzione o la coscienza che la minaccia sia diretta alla costrizione dell'altrui volontà». Tale ultimo requisito, si spiegava, deve consistere nella «sovrapposizione di una volontà sull'altra», si che in sua assenza (pur in presenza di una mala fede che potremmo dire "generica") non possono dirsi integrati gli estremi del vizio.

Riconducendo alla violenza le ipotesi di abuso di dipendenza, si dovrebbe affermare come non ne sia requisito imprescindibile la minaccia, potendo la medesima essere sostituita da una condotta di puro sfruttamento di una circostanza *già* esistente. La sequenza diventerebbe allora: timore - abuso (mala fede) - contratto[286].

Così che, mimando il fraseggio delle massime giurisprudenziali in tema di dolo omissivo, si potrebbe concludere nel senso che chi abusa dell'altrui stato di soggezione, non tiene una condotta che induce nella propria controparte timore, ma si limita, approfittandone, a non contrastarlo. Inoltre, si noti, nel nostro ordinamento un esito diverso sembra anche precluso dalla presenta stessa della rescissione, che sta ad indicare come ad essere rilevanti siano soltanto due abusi tipici - dello stato di pericolo, e dello stato di bisogno - e soltanto a patto che ne risulti uno squilibrio dei termini del contratto.

L'estensione della disciplina della violenza alle ipotesi di abuso di dipendenza, dunque, è impedita dal necessario riferirsi alla minaccia, e dal fatto che se si ammettesse che l'abuso di bisogno e di pericolo possano eventualmente dar luogo alla rescissione mentre l'abuso di dipendenza sarebbe sanzionato con l'annullamento, ne risulterebbe una ricostruzione del sistema incoerente[287].

Queste obiezioni hanno sempre fatto presa nella dottrina[288]. Anche chi, fra le voci più autorevoli, ha esaminato l'eventuale rilevanza dell'abuso di dipendenza (o di soggezione), pur partendo dall'assunto per cui «il timore vizia se sussiste la mala fede [e] questa si identifica *alternativamente* nell'abuso, nella scienza, o nella

[286]Quest'esito, nella giurisprudenza francese, è già stato talvolta raggiunto precedentemente all'introduzione dell'art. 1143 *Code civil*, nell'ambito di un orientamento che non poteva dirsi consolidato. Si v. ad es. Cour de cassation**,** chambre civile 1, 3 avril 2002 N° de pourvoi: 00-12932, la quale ha ritenuto costituire violenza «l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne».

[287] Ed è questa una considerazione da tenere ferma sia nel caso in cui col termine dipendenza ci si riferisca ad una condizione di soggezione psicologia, sia che ci riferisca ad una condizione di soggezione economica. Nell'uno e nell'altro caso, difatti, non si rinvengono gli estremi della minaccia che induce timore (o, comunque, che costringe alla stipulazione), e per entrambi un'interpretazione evolutiva sembra preclusa dall'effetto abrogante che si avrebbe rispetto alle norme disciplinanti la figura della rescissione.

[288] Fa eccezione a quanto consta il solo FIGONE, *La violenza (art. 1434-1438)*, in *Comm. al codice civile*, fondato da Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, p. 111 ss., il quale ritiene di poter parificare alla violenza l'abuso di timore.

causazione»[289], ha pur sempre ricondotto all'alveo della violenza solo l'ultima ipotesi. A tutela del timore "abusato", invece, si è invece proposto di applicare *analogicamente* l'art. 428 c.c.[290]

Altra dottrina, invece, ha ritenuto di dover ricondurre il timore proprio ad una forma di stato di bisogno, capace di attivare il rimedio rescissorio. Tale opzione ermeneutica è stata probabilmente prescelta in quanto, anche in tale caso, manca una minaccia (una condotta intimidatoria comunque tale da ingenerare timore), limitandosi chi abusa ad approfittare di una circostanza che già esiste[291]. Quest'esito in linea teorica pare del tutto accettabile, non rinvenendosi nel dettato normativo indici sufficienti ad accreditare una lettura che limiti il concetto di bisogno alle sole necessità di natura economica e non anche di natura, *lato sensu*, morale (sebbene, come si vedrà, tale opinione sia contraria alle origini storiche dell'istituto). Ma trattasi, ad ogni modo, di un esito che, in linea pratica, non sembra di certo capace di prestarsi a soluzioni applicative frequenti, essendo facile constatare come il rimedio della rescissione risulti sconosciuto alla prassi.

[289] Il riferimento è a SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, p. 581, il quale invita a porsi il problema «del trattamento del contratto che taluno concluda a condizioni gravose per il timore spontaneo, reverenziale, immotivato delle controparte, *la quale sfrutta la situazione in mala fede*» (cors. dell'a.).

[290] La tesi, a nostro avviso, non è accettabile in sé, ma fornisce delle indicazioni utili ad orientarsi verso una soluzione. Sembra corretto, pare, "spostare" l'esame degli stati di dipendenza dall'area delle debolezze volitive (dove per solito li colloca la dottrina per ricondurli facilmente all'art. 1437 c.c.) a quella delle debolezze intellettive. Ciò, almeno tutte le volte in cui per dipendenza s'intenda un vincolo di *soggezione psicologia*: nonostante l'art. 428 c.c. faccia riferimento alla incapacità di intendere *o* volere, difatti, non si danno dei casi in cui l'incapace naturale conservi intatta la prima ma non la seconda (lo esclude, come si vedrà, la stessa definizione di incapacità naturale che si rinviene a livello dottrinale). Così (re)impostato il problema, però, va escluso che dell'art. 428 c.c. si possa proporre un'applicazione analogica, potendosene predicare solo un'applicazione "diretta". La capacità della norma di emendare i casi di abuso di soggezione, allora, dipenderà dalla larghezza con cui si voglia intendere il concetto (non definito dal legislatore) di incapacità naturale.

[291] Questa è la soluzione infine adottata da G. CRISCUOLI, *Timore reverenziale,* cit., p. 376 ss. Salvo quanto si è già osservato e si osserverà al riguardo, va soggiunto come non sembri senz'altro meritevole di adesione il pensiero dell'a. nel momento in cui, nel tentativo di giustificare l'effettiva idoneità della soluzione indicata ad operare nella prassi, afferma come il rimedio rescissorio possa operare anche al di là dei contratti a prestazioni corrispettive, e finanche per le donazioni.

Queste considerazioni spingono, com'è chiaro, a muoversi oltre i margini della violenza per esaminare gli istituti della rescissione e dell'incapacità naturale, cosa che si farà nella sezione successiva.

Quanto detto circa la violenza, in ogni caso, dovrebbe aver reso chiaro come dall'istituto in parola non si possa in alcun modo trarre un principio generale secondo il quale un vizio del consenso sussisterebbe tutte le volte in cui uno dei contraenti sia stato spinto alla contrattazione trovandosi in uno stato di costrizione.

L'unica costrizione che la legge considera è quella causata dalla minaccia caratterizzata in modo da indurre timore.

In definitiva, nell'area della violenza, le debolezze volitive: (i) rilevano ove sia dato ravvisare uno stato di dipendenza (una dinamica incube-succube) poiché potrà essere attenuato il rigore con cui si valuta la serietà della minaccia e la sua efficacia determinante rispetto alla stipulazione del contratto; tuttavia: (ii) non rendono parificabile alla minaccia l'abuso di un timore preesistente e più in generale l'abuso di uno stato di costrizione altrimenti provocato[292].

### 2.1.6. Considerazioni di sintesi sul rapporto fra *Unfair exploitation* e vizi del volere.

A chiusura della presente sezione sembra opportuno sintetizzare le conclusioni che si sono raggiunte.

L'*unfair exploitation* prende in considerazione la parte debole del rapporto contrattuale mediante degli attributi che la qualificano come tale da un punto di vista intellettivo o da un punto di vista volitivo.

Mantenendo l'analisi all'interno dei vizi del volere, ci si è chiesti se la disciplina dell'errore e del dolo appronti una qualche forma di tutela per i soggetti intellettualmente deboli, e se la disciplina della violenza possa assolvere ad un tale ruolo per quelli deboli da un punto di vista volitivo. Ciò ricordando la distinzione

[292]Per queste valutazioni si v. ancora ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 782 s., il quale parla giustamente di un'area che si colloca ai margini della violenza, ma presentandosi ora come fattispecie inclusa in altre disposizioni, ora come fattispecie esclusa, ed anche DEL PRATO, *Le annullabilità,* cit., p. 304 ss., ove si fa un cenno ai rapporti tra violenza ed altri abusi dell'autonomia.

tradizionale in base alla quale errore e dolo agiscono sull'intelletto e mediatamente sulla volontà, mentre la violenza agisce direttamente su quest'ultima.

I risultati dell'analisi sono stati i seguenti:

1) la disciplina normativa dell'errore opera sul presupposto della parità formale dei contraenti e dunque non si atteggia, in linea di principio, diversamente a seconda che essi siano dotati di capacità cognitive ridotte o superiori alla media. L'errore rilevante, difatti, non è solo quello determinante del consenso (o essenziale in concreto), ma quello che, fermo questo carattere, si riveli anche essenziale (in astratto), cioè vada a cadere sulle circostanze indicate dall'art. 1429 c.c. Insomma, il legislatore non è sensibile alle ragioni che determinano l'errore, quanto piuttosto al tipo di errore verificatosi.

Una labile tutela dell'errante debole può dirsi concessa se si tiene a mente che: (i) l'errore rilevante può essere anche il frutto di negligenza inescusabile; (ii) le caratteristiche personali dell'errante possono venire in rilievo nel giudizio di riconoscibilità, ove conosciute dall'altro contraente.

2) Per quanto attiene al dolo si è rilevato come il principio di uguaglianza formale, parimenti dato per presupposto dal legislatore, abbia operato in duplice direzione. Da un lato nell'identificazione del dolo con un comportamento che si sostanzi in raggiri, per tali intendendosi un'attività che consista in una messinscena o in una macchinazione tale da produrre un mutamento dei fenomeni empirici capace di indurre in errore, e dunque di annichilire l'eventuale sforzo di diligenza profuso dal *deceptus*. Dall'altro lato tale principio ha operato anche nella valutazione dell'efficacia decettiva del raggiro, dovendosi quest'ultima misurare in astratto e ad una stregua oggettiva.

Si è constato come questo secondo corollario del principio di eguaglianza formale non abbia ragion d'essere, dovendo, invece, l'efficacia decettiva del raggiro misurarsi in concreto.

Qualche rigidità si registra invece, specie nella prassi, quanto al primo profilo, non ammettendosi che costituisca raggiro il comportamento di chi fornisca informazioni false o non fornisca informazioni vere approfittando dell'errore in cui è caduta la controparte. Ma si tratta, ad avviso di chi scrive, di conclusioni che non meritano comunque di essere sovvertite.

3) Quanto, infine, alla disciplina della violenza si è constato come, in parallelo con quella del dolo, la stessa risenta dell'influsso del principio di uguaglianza formale in due direzioni. Da un lato nella stessa nozione di violenza, per tale intendendosi solo la minaccia che ingenera timore. Dall'altro lato nella valutazione del rapporto di causalità fra la minaccia e la conclusione del contratto, essendo da valutarsi, quest'ultima, alla stregua di un criterio oggettivo (i.e. il timore è rilevante solo se la minaccia è di un male ingiusto e notevole tale da fare impressione sopra una persona sensata).

Anche in quest'ambito si è constato come, sotto questo secondo aspetto, si debba propendere per un'interpretazione delle norme che consenta di valutare l'efficacia determinante della minaccia alla luce del caso concreto.

Rimane estraneo alla logica della violenza, invece, l'approfittamento di una condizione di timore non causato, ma già esistente in capo alla parte debole del rapporto (dovuto, ad es., a uno stato di dipendenza o di soggezione).

L'analisi va però completata analizzando la disciplina normativa della rescissione e dell'incapacità naturale.

## SEZ. II. L'*UNFAIR EXPLOITATION* NELL'AREA CONTIGUA AI VIZI DEL VOLERE: STATO DI PERICOLO, STATO DI BISOGNO ED INCAPACITÀ NATURALE.

### 2.2.1. Premessa introduttiva.

Prima di confrontare le modalità di tutela della parte debole del rapporto contrattuale delineate dall'*unfair exploitation* con la disciplina domestica della rescissione e dell'incapacità naturale, sembrano imporsi delle precisazioni preliminari per scansare eventuali equivoci che dovessero sorgere dalle pagine che seguono.

Si afferma di frequente, in dottrina, come incapacità naturale, stato di pericolo e stato di bisogno non costituirebbero vizi del volere, e dunque qualsiasi

accostamento fra di essi sarebbe inaccettabile[293]. Tale assunto - si potrebbe dire citando l'elegante espressione di un Autore - è vero, ma non è tutta la verità[294].

È vero, da un lato, perché il nostro legislatore ha stabilito con particolare chiarezza come i vizi del consenso siano tre, errore, violenza, e dolo, ciascuno con la propria disciplina peculiare. Peculiare al punto che, come si è già rilevato, *non esiste una nozione unitaria di vizio*. Se così è, allora, l'operazione compiuta da molti, diretta a confrontare l'incapacità naturale, lo stato di pericolo e lo stato di bisogno - di volta in volta - con l'errore, col dolo e con la violenza, allo scopo di dimostrare l'assenza di tratti comuni si rivela concettualmente sbagliata oltre che inutile. Errore, violenza e dolo, s'intende, sono tutti e tre vizi del consenso in quanto ricondotti sotto tale categoria tecnica da parte del legislatore, e non in quanto dotati di un comune fondamento[295].

---

[293] Solo a titolo di esempio si v. quanto scriveva TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 66 s.:«il vizio del volere, una volta riconosciuto dalla legge nei suoi requisiti, diviene una figura tecnica ben chiara e distinta nei suoi effetti; onde…è erroneo distinguere dei vizi che sono più o meno propriamente tali. Vizi in senso tecnico sono parimenti l'errore, la violenza e il dolo, mentre non lo sono né il timore spontaneo né la lesione». Prospettiva, questa, decisamente respinta da SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 454 ss. e 469. L'A. invita a non considerare i vizi del volere come un problema di volontà turbata, ma a vedere questa assieme anche alle circostanze concomitanti che ad essa si accompagnano o che la determinano. Compiuta questa operazione non vi sarebbero ragioni, a detta dell'autore, per non cogliere il filo conduttore che lega vizi del volere a rescissione ed incapacità naturale. Nella medesima prospettiva, in ogni caso, già CORSARO, *L'abuso del contraente*, cit., *passim.*

[294] GENTILI, in Gentili-Cintio, *I nuovi vizi del consenso*, in *Contr. e impr*., I, 2018, p. 155 ss. scrive relativamente alla c.d. tassatività dei vizi invalidanti: «Questa tesi è certamente vera. Ma forse non è tutta la verità… espliciti dati normativi smentiscono l'idea della tassatività dei vizi rilevanti, della necessità che la volontà ne sia completamente sviata, e della costanza del rimedio invalidante». Ma nella prospettiva adottata nel saggio citato, si riconducono al concetto di vizio ipotesi disparate, distanti fra loro sia nei presupposti che nei rimedi, così che indefinitiva la formula stessa di vizio finisce per perdere di consistenza.

[295] Valutazioni di tal genere sono contestate da SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 471 s. notando l'autore come il proliferare della legislazione di settore a tutela del contraente debole, e con esso del mercato, consenta di affermare come «il legislatore italiano…non ha regolato il vizio del consenso, ma ha regolato varie ipotesi tipiche…in quest'opera di tipizzazione, egli ha tenuto largamente conto di elementi estranei al consenso propriamente detto (es. la sproporzione delle prestazioni). Ma il numero delle ipotesi legali di vizio si è moltiplicato nel tempo, il legislatore europeo si è dato da fare per colmare gli interstizi lasciati vuoti dalle previsioni a base romanistica, clausole generali tendono a creare una continuità nell'area dei vizi del volere…*le lacune dovranno essere colmate*, con i consueti mezzi ermeneutici…L'analisi delle norme puntuali renderà possibile la formulazione di principii e regole…» (cors. nostro).

Ma, si diceva, non è tutta la verità, dato che sia i vizi del volere, che l'incapacità naturale che stato di pericolo e di bisogno, sono situazioni che possono pregiudicare ‹‹*le condizioni soggettive di un corretto e ragionevole esercizio dell'autonomia privata*, impedendo al soggetto di determinarsi in modo coerente ai propri interessi››[296].

L'accostamento fra gli istituti sopra menzionati, insomma, rende palese che essi assolvono in una certa misura ad un medesimo scopo.

Vanno sottolineate, a questo proposito, le inevitabili interferenze che fra di essi intercorrono, le quali non possono in alcun modo essere trascurate dall'interprete che si accinga al loro studio.

Per essere più espliciti andrà rilevato come l'accertamento dello stato di incapacità di uno dei contraenti valga a "disattivare", nei suoi confronti, la tutela che gli appresterebbero le norme sui vizi del volere. Così ad esempio, l'incapace naturale che contragga a seguito di una minaccia o di un raggiro, non avrà certo la necessità di provare il ricorrere gli estremi del dolo o della violenza, potendosi limitare ad allegare, come si vedrà, la mala fede della controparte. Né potranno venire in rilievo in alcun modo la disciplina dell'errore: chi conclude un contratto non voluto, a cagione della propria incapacità naturale, non dovrà certo dare prova che la propria scelta sia stata viziata da una falsa rappresentazione della realtà[297].

Allo stesso modo, quando si afferma che il timore rilevante è solo quello cagionato dalla minaccia, non bisognerà trascurare di considerare che esiste un'altra forma di timore, quello causato dallo stato di pericolo, a cui il legislatore si dedica riconnettendo un diverso mezzo di tutela. Gli esempi potrebbero continuare.

Accostare errore, dolo e violenza con rescissione e incapacità naturale, dunque, è un'operazione che si giustifica non in quanto i medesimi siano riconducibili ad una medesima categoria dogmatica (segnatamente quella dei vizi del consenso), ma in quanto, convivendo tutti nel nostro ordinamento, la presenza di ciascuno vale anche a segnare il limite di operatività degli altri, inducendo anche

[296] ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 729 ss., per la rescissione in particolare si v. le pp. 829 ss.

[297] Questa osservazione si rinviene raramente in dottrina, ma probabilmente in quanto ritenuta ovvia. Si v. comunque per i rapporti tra violenza ed incapacità naturale l'opinione di CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, cit., p. 135, nel senso dell'inidoneità dell'incapace ad essere soggetto a minaccia.

ad evitare interpretazioni che non si rivelino rispettose del tessuto normativo consegnato dal legislatore.

### 2.2.2. Abuso di *economic distress* e *urgent needs* nella disciplina della rescissione. Le indicazioni sistematiche tratte dalla disciplina positiva dell'istituto nel nostro ordinamento.

Com'è noto – a parte la disciplina del tutto peculiare della rescissione in materia di divisione – il nostro ordinamento conosce la figura del contratto rescindibile in quanto concluso in stato di pericolo, od in stato di bisogno. Più nello specifico, il 1° comma dell'art. 1447 c.c. concede questo mezzo d'impugnativa al contraente che abbia ‹‹assunto obbligazioni a condizioni inique per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di danno grave alla persona››. Diversamente l'art. 1448 c.c. discorre di un'azione generale di rescissione per causa di lesione per il caso in cui vi sia ‹‹sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio››. La lesione deve poi essere qualificata, dovendo la sproporzione eccedere ‹‹la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto››[298].

[298] Le opere in tema di rescissione del contratto sono numerose. La ricostruzione più compiuta sull'istituto rimane ancora quella svolta da MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, si v. poi: SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1979, p. 309 ss.; CARRESI, voce *Rescissione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 1 ss.; CORSARO, voce *Rescissione*, in *Dig. disc. Priv.,* Torino, 1998; G. MARINI, voce *Rescissione (dir. vig.)*, in *Enc. del dir*., Milano, 1988, p. 966 ss.; ID, *sub* art. 1447, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), Torino, 2011, p. 330; B. CARPINO, *Rescissione del contratto*, in Il codice civile. Commentario, (diretto da) P. Schesinger, Milano, 2000; R. LANZILLO– A. RICCIO, *Rescissione del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, (diretto da F. Galgano), Bologna-Roma, 2005; VITUCCI, *La rescissione*, in Trattato del contratto (diretto da V. Roppo), IV-2, Rimendi (a cura di A. Gentili), Milano 2006, p 465 ss. Va segnalata poi in particolare l'opera di G. BENEDETTI*, La rescissione (Il contratto in generale, Tomo VIII*), nel *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), Torino, 2007. Da ultimi: M. DE POLI, *Rescissione del contratto,* in *Il Codice civile commentato* (fondato da P. Schelsinger e diretto da F. D. Busnelli), Milano, 2015; G.E.NAPOLI, *La rinnovata fisionomia della rescissione per lesione*, Napoli, 2018.

Ora, continuando a confrontare l'*unfair exploitation* con il nostro sistema di diritto positivo, può ammettersi che attraverso queste previsioni il legislatore abbia assegnato giuridica rilevanza, ai fini della validità del contratto, a situazioni di alterazione della libertà contrattuale riconducibili in parte alle necessità urgenti ed alle condizioni di difficoltà economica. Il concetto di *urgent needs*, difatti, nella sua vaghezza, è senz'altro capace di includere (anche se certo non si esaurisce in) quello di stato di pericolo, che nel nostro ordinamento, come ben emerge dal dettato dell'art. 1447 c.c., fa riferimento alla condizione di chi concluda il contratto identificandolo come mezzo per evitare un danno grave alla propria (o altrui) integrità fisica o morale[299]. Lo stato di bisogno[300], invece, nell'interpretazione corrente[301] identifica propriamente una condizione di difficoltà economica, anche contingente, e non necessariamente grave al punto da identificarsi con una condizione di totale incapacità patrimoniale. Stato di bisogno ed *economic distress*, dunque, coincidono.

Facendo aggio anche sulle considerazioni appena espresse una parte della dottrina ha ritenuto di poter identificare nella rescissione l'istituto che nel nostro ordinamento corrisponderebbe all'*unfair exploitation*, al punto da poter affermare

[299] Sul concetto di stato di pericolo sembrano condivisibili le osservazioni di gran parte della dottrina, per cui esso alluderebbe ad ogni fatto in grado di minacciare in modo grave gli attributi della persona umana (non solo la vita, ma anche l'onore, l'autodeterminazione ecc.). Può trattarsi, poi, di un fatto che trova radice tanto in eventi naturali, o dovuti all'opera dell'uomo (eventualmente anche ad opera dello stesso soggetto che poi invoca il rimedio, non essendo applicabile al caso di specie l'art. 2045 c.c.), purché, va da sé, non si concretino in una minaccia, nel qual caso esseno applicabile l'ar. 1434 c.c. (per questa impostazione si v. ad es. CARPINO, *La rescissione*, cit., p. 24; ROPPO, *Il contratto*, cit.,p. 886; diversamente per CORSARO, voce *Rescissione*, cit.,p. 638 il concetto di pericolo dovrebbe essere limitato a quello stato di fatto idoneo a recare pregiudizio alla vita o all'integrità fisica della persona).

[300] Sul concetto di stato di bisogno si v. ora la completa analisi di M. DE POLI, *Rescissione del contratto,* cit. p. 87 ss., il quale arriva però ad identificarlo più in generale con «una condizione di pressione verso l'esito contrattuale determinata dalla mancanza di un bene che gli è necessario per evitare o rimuovere una situazione negativa (propria o di un terzo cui è legato) avente natura economica *ma, anche, ideale o morale*» (p. 125, cors. nostro). Un ampliamento del concetto di stato di bisogno (di là dalla nozione che lo restringe alla carenza di liquidità) è reso necessario, secondo parte della dottrina, dal fatto che l'azione possa essere esercitata anche dall'acquirente, e non solo dal venditore (si v. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza*, cit., p. 336).

[301] Si v.a tal proposito MIRABELLI*, La rescissione*, cit., p. 253 ss., e più di recente ROPPO, *Il contratto*, cit., 889, oltre che alcune pronunce giurisprudenziali, in *obiter dicta* (ad es. Cass. civ., 19.08.1988, n. 8200; Cassazione civile sez. II, 12.06.2018, n.15338). Non può certo dirsi, comunque, che si tratti di un'interpretazione estensiva o ampia del concetto di bisogno, come talvolta si afferma in dottrina.

che fra le due fattispecie sussisterebbero differenze ‹‹di struttura [più] che di sostanza››[302].

Più nello specifico, la differenza fra i due istituti sarebbe quantitativa, consentendo l'*unfair exploitation* di fornire tutela ad una più vasta area di condizione di debolezza contrattuale, e prescindendo dalla necessità che la lesione inferta dal contraente profittatore sia ancorata a parametri oggettivi predeterminati, facendo riferimento semplicemente ad un ingiusto profitto o ad un vantaggio iniquo, e non, come accade per la rescissione per stato di bisogno, ad una lesione *ultra dimidium*.

Ma va subito notato come riferendosi alla lesione come sproporzione fra prestazioni il legislatore abbia limitato per forza di cose l'ambito applicativo dell'istituto ai soli contratti a prestazioni corrispettive[303]. Ed è questa una valutazione che, secondo la dottrina maggioritaria, rimarrebbe valida anche in riferimento alla rescissione per stato di pericolo, pur facendosi riferimento, in questa, al solo fatto che il contratto presenti condizioni inique[304]. Diversamente l'*unfair exploitation,* così come alcune figure di diritto positivo ad essa affini hanno un ambito applicativo più vasto, com'è proprio dei vizi del volere.

Queste considerazioni, come già si è detto, paiono sufficienti ad allargare la distanza che intercorre fra *l'unfair exploitation* e la rescissione, tanto da poter far ritenere la logica sottesa ai due istituti del tutto differente. La collocazione della prima nell'ambito dei vizi del volere ne delinea una *ratio* chiara che la identifica senz'altro quale strumento di tutela della libera manifestazione del consenso, scevra, vale a dire, da menomazioni della capacità critica e volitiva dei contraenti, desumibili anche dal concreto assetto d'interessi a cui questi si sono vincolati.

---

[302] PERFETTI, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 672 ss.

[303] Il tema è in realtà assai dibattuto in dottrina. Certamente vi sono limiti posti esplicitamente dal legislatore (transazione, contratti aleatori, e vendita forzata), ed altri ricavati in via interpretativa sui quali vi è concordia fra gli interpreti nell'escludere l'operatività del rimedio (ad es. gli atti unilaterali e le liberalità). Discussi, invece, sono i casi dei contratti onerosi ma non sinallagmatici. Per una sintesi chiara delle varie posizioni dottrinali si v. DE POLI, *La rescissione*, cit., p. 170 ss., oltre a CARPINO*, La rescissione*, cit., p. 43 ss.

[304] Più esplicito di altri in tal senso PERFETTI, *La rescissione*, in *Diritto civile, III, 2, Il contratto in generale*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2009, 1007 ss. Com'è noto si discute anche se l'azione di rescissione nel caso di contratto concluso in stato di pericolo sia ulteriormente limitata al solo caso dei contratti d'opera (di salvataggio in particolare). Sul tema si v. fra gli altri ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 832 ss.

Convinzione rafforzata dal fatto che, quantomeno nel DCFR, essa condivide la medesima disciplina dei vizi del volere sotto tutti i profili (ad es. in punto di sanzione, condizioni dell'azione, ammissibilità della convalida).

Diversamente è a dirsi per il caso della rescissone, della quale, considerata la natura composita delle fattispecie di cui agli artt. 1447 ss. c.c., non può delinearsi con certezza una *ratio* giustificativa. Le opinioni dottrinali espresse sul punto si dimostrano quanto mai varie e divergenti fra loro, ad onta (o, forse, proprio a causa) dell'assenza di prassi applicativa. Frequente, in particolare, è stata la tendenza a fare perno su uno soltanto degli elementi costitutivi delle fattispecie rescissorie per ricostruire le ragioni della presenza dell'istituto nel nostro ordinamento, secondo un approccio, com'è stato efficacemente definito, monistico[305]. Chi ha ritenuto di valorizzarne l'elemento soggettivo del bisogno o del pericolo ha effettivamente ricondotto l'istituto entro la logica dei vizi del volere[306]. Si è parlato, invece, di

[305] MIRABELLI, *La rescissione del contratto,* cit., p. 52 ss. cui si fa rinvio anche per un'esposizione delle varie tesi formulate dalla dottrina, che non pare il caso di riferire con completezza.

[306] Fra questo specialmente ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1945, p. 177 ss., e ad oggi SACCO*,* in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 593 ss. sebbene l'autore inviti a evitare letture monistiche delle fattispecie in esame. M. DE POLI, *Rescissione del contratto,* cit. p. 207 ss. giunge alla conclusione per cui la rescissione offrirebbe un rimedio in definitiva ad un vizio del volere, costituito dallo stato di bisogno, non in sé, ma solo in quanto frutto di un approfittamento (per forza di cose da tradursi in una lesione contrattuale). L'a. giustifica la propria tesi -che in larghissima parte è condivisibile anche alla luce della prospettiva di *procedural justice* che qui si è adottata - notando come il legislatore non avrebbe ritenuto di far confluire la tutela del bisogno nell'alveo dell'annullabilità, stante il carattere normalmente incidente e raramente determinante del "vizio" in parola. Quest'ultima osservazione (che non era sfuggita alla dottrina precedente, e si v. ad es. CARPINO, *La rescissione*, cit., p. 4 ss.) non è del tutto convincente. Bisognerebbe, pare, prima dimostrare che il legislatore abbia effettivamente regolato i vizi incidenti al di fuori dell'area dell'invalidità (cosa che sicuramente accade per il dolo, ma è assai dubbia per l'errore e la violenza). In ogni caso, poi, è difficile individuare un vizio del volere incidente nell'approfittamento del bisogno, non essendovi un rapporto di causa effetto fra i due (contrariamente a quanto avviene nel caso del dolo - fra raggiro e errore - ed in quello della violenza - fra minaccia e timore-.). Se si guarda il fenomeno dal lato dell'approfittamento sembrano esservi ragioni per sostenere l'idea dell'incidentalità, ma non altrettanto è a dirsi se ci si focalizza sullo stato di bisogno (fungendo questo da fattore *determinante* rispetto alla stipula). Ma poi - e soprattutto - viene spontaneo chiedersi come possa questa ricostruzione conciliarsi col dettato normativo, il quale indica come il contratto rescindibile non possa essere convalidato, e richiede altresì - nel caso di lesione - che essa perduri fino al tempo della domanda. Se fosse in gioco un problema di volontà sicuramente queste due regole non avrebbero ragione di esistere, o si giustificherebbero solo a costo di adottare soluzioni abbastanza artificiose. Se poi si dicesse che è in gioco *anche* un problema di volontà, non si farebbe altro che tornare al punto di partenza, rinunciando a trovare *il* fondamento dell'istituto.

vizio della causa o di sanzione contro le convenzioni inique da parte di chi ha individuato il vero fulcro dell'istituto nella sproporzione fra le prestazioni del contratto[307]. Non è mancata, infine, la tesi che ha ravvisato il fondamento della rescissione nel divieto di abuso, individuabile, in tal caso, nella consapevolezza di trarre vantaggio dall'altrui stato di debolezza[308]. Ciascuna delle tesi ha un fondamento di verità, ma nessuna delle stesse è, in assoluto, ineccepibile[309]. Il che non dovrebbe destare preoccupazione, specie in un contesto in cui è piuttosto condivisa, invece, l'eccezionalità dell'istituto, e di conseguenza il divieto di ricorrere all'interpretazione analogica delle norme in materia.

Ciò spiega perché nella dottrina più recente venga accolta la tesi c.d. eclettica, che altro non consiste se non in una presa d'atto del dettato normativo, dal quale emerge come gli elementi costitutivi del contratto rescindibile non sono posti dalla legge secondo una scala gerarchica, ma piuttosto in posizione equiordinata[310].

---

[307] SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 180 s.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1957, p. 592 ss.

[308] Fra questi lo stesso MIRABELLI, *La rescissione del contratto,* cit., p. 102, fino a 144. Va notato come l'a. giunga a questa tesi per esclusione, dimostrando scetticismo in ogni caso sulla soluzione indicata, peraltro ritenuta valida solo per la rescissione per stato di bisogno, e riconducendosi quella per stato di pericolo ad un vizio del volere. In tal senso anche SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza*, cit., p. 333 ss., il quale già chiaramente affermava come l'atto del profittare per trarre vantaggio fosse sempre (a prescindere cioè dalla ricorrenza della lesione *ultra dimidium*) un illecito precontrattuale fonte di danno risarcibile.

[309] ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 829 ss. coglie questi tre atteggiamenti della dottrina ritenendo come la rescissione sia al contempo «*rimedio contro le minorazioni della libertà contrattuale…rimedio contro l'ingiustizia della scambio contrattuale…rimedio contro l'approfittamento della debolezza contrattuale altrui*» (cors. dell'A.). A nostro avviso il fatto che ciascuno dei requisiti della rescissione debba sussistere simultaneamente agli altri, accredita anche una lettura per cui, in definitiva, la rescissone non persegue nessuno dei tre obiettivi sopra indicati, essendo in ciascuno di essi limitata dal necessario perseguimento degli altri due.

[310] Si v., oltre al già citato pensiero di Roppo alla nota che precede, DE POLI, *La rescissione*, cit., p. 70; MARINI, *sub 1447 ss*., cit., p. 353. In senso critico rispetto a questo modo di ricostruire la rescissione, però, G. BENEDETTI, *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc*. civ., 2007, p. 20.

Anche la giurisprudenza è ferma nel ritenere che la rescissione, per stato di bisogno in particolare, poggi in egual misura sui tre elementi indicati. Si v. ad es. da ultima Cass. civ., Sez. II, 12 giugno 2018, n. 15338 (sentenza che dovrebbe attentamente leggersi - di là dallo stralcio che si riporta- per comprendere il rigore della giurisprudenza nell'applicare la norma) : « la suddetta azione richiede la simultanea ricorrenza di tre requisiti e cioè l'eccedenza di oltre la metà della prestazione rispetto alla controprestazione, l'esistenza di uno stato di bisogno, che funzioni come motivo dell'accettazione della sproporzione fra le prestazioni da parte del contraente danneggiato e, infine, l'avere il contraente avvantaggiato tratto profitto dall'altrui stato di bisogno del quale era consapevole. Sulla base di tale imprescindibile presupposto complessivo è, altresì, importante

Insomma, il modo con cui il legislatore ha configurato l'istituto della rescissione, rende impossibile, da parte degli interpreti, il ricondurla entro una ben precisa categoria (sia essa quella di vizio del consenso, vizio/illiceità della causa o dell'oggetto etc.). Ed in questo, forse, consiste proprio il ruolo che riveste la rescissione nel nostro ordinamento, la quale se non ha, come pare innegabile, alcuna importanza nella prassi, fornisce delle indicazioni di sistema tutt'altro che marginali.

Gli articoli 1447 e 1448 c.c. provano infatti che: I) il legislatore non ha inteso assegnare rilevanza indiscriminata agli stati capaci di influire sulla libera esplicazione dell'autonomia privata, se è vero che ha preso in considerazione, in queste norme, solo bisogno e pericolo, limitandone peraltro la rilevanza al ricorrere di un altro presupposto soggettivo (approfittamento da parte del cocontraente) ed uno oggettivo (iniquità o lesione *ultra dimidium*). Insomma se ne trae un altro argomento che milita a favore della scomparsa dal nostro sistema di diritto positivo del c.d. dogma del volere; II) non esiste un principio che imponga la proporzionalità nelle contrattazioni, se è vero che la sproporzione[311] non è *in se stessa* foriera di alcuna conseguenza; III) al contempo fissando la misura della lesione rilevante nell'*ultra dimidium*, l'ordinamento mostra di non riprovare ogni abuso posto in essere ai danni della controparte nella conclusione del contratto, delineando, nella disciplina della rescissione per lesione, una sorta di ‹‹statuto dell'approfittamento››[312], o cambiando prospettiva, un sistema di abusi tipici, dando confini certi alla libertà contrattuale.

---

chiarire che *fra i tre predetti elementi non intercede alcun rapporto di subordinazione od alcun ordine di priorità o precedenza*, per cui riscontrata la mancanza o l'omessa dimostrazione dell'esistenza di uno dei tre elementi, diviene superflua l'indagine circa la sussistenza degli altri due e l'azione di rescissione deve essere senz'altro respinta (cfr. Cass. n. 2347/1995; Cass. n. 3480/2002 e Cass. n. 3646/2009)» (cors. nostro).

[311] Va precisato per completezza come relativamente alla rescissione per stato di pericolo la dottrina più autorevole (MIRABELLI, *La rescissione*, cit., p. 209) abbia avanzato l'idea che l'iniquità cui si riferisce l'art. 1447 c.c. non debba alludere necessariamente ad una sproporzione tra le prestazioni: «l'equità cui deve farsi riferimento non è…criterio economico di equilibrio di valori od equivalenza obiettiva ma…[è un] precetto morale che vieta l'assicurazione ad oggetto di un compenso che rappresenti per la controparte un aggravio insopportabile».

[312] Così l'incisiva osservazione di LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p.56, la quale, tuttavia, non deve avere per forza di cose una connotazione negativa (che senz'altro l'a. intendeva far trasparire), essendo parimenti vero che «il lemma approfittare…è neutro: vuol dire in definitiva trarre profitto. Ma il profitto non è evento che l'ordinamento debba

Se ne ricava, in definitiva, che il legislatore ha voluto tener saldi questi principi evitando di inserire nel codice un istituto poggiando sul quale si potesse far leva, se si concede l'espressione, per minare l'equilibrio complessivo del sistema in uno dei tre sensi sopra indicati. E trattasi di una scelta che si riflette anche nella tipologia di sanzione adottata. Questa non consiste né nell'annullamento – a segnalare come non è in gioco un problema di volontà dei contraenti – né nella nullità – a indicare, stavolta, come non si abbia a che fare con un problema di illiceità o di carenza strutturale del contenuto del contratto[313]. Consiste piuttosto in una forma di impugnativa peculiarissima, al punto che tutt'oggi la dottrina non concorda nemmeno se ricondurla alla categoria dell'invalidità[314].

Per confermare il complessivo senso desumibile dal sistema, dunque, il legislatore ha di conseguenza introdotto un "ibrido" che con esso non si concilia[315]. Ma, è bene sottolineato, fu una scelta espressione di un disegno ben preciso. È opportuno darne conto ripercorrendo brevemente il dibattito attorno all'istituto nell'ambito della codificazione, e delineare per sommi capi le scelte che hanno condotto a delinearlo con l'attuale fisionomia.

Al termine della ricostruzione che si tratteggerà dovrebbe risultare chiaro come la presenza della rescissione nel nostro ordinamento non si lasci comprendere

reprimere» (G. BENEDETTI, *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, cit., p. 21). Sulla portata attuale di questi temi, nel contesto di una riflessione innescata dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali contenuta nell'art. 7 del d.lgs. 231/2002, si v. DELLE MONACHE, *Ritardi di pagamento*, cit., p. 497 ss.

[313] Questo aspetto ben emerge in G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm*., V-VI, 1996, p. 372 s.

[314] La risposta è per lo più positiva, si v. ad es. MIRABELLI, *La rescissione del contratto,* cit., p. 48 ss., il quale avvicina la figura decisamente all'annullabilità (sulla scia di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 499 s., il quale definiva il negozio rescindibile come un palese surrogato dell'annullabilità). In questo senso più di recente anche DE POLI, *La rescissione*, cit., p. 227 ss., ma *contra* G. BENEDETTI, *La rescissione*, nel *Trattato Bessone*, cit., p. 44, che riconduce la fattispecie alla mera inefficacia riscontrando l'assenza di elementi vizianti sul piano della struttura dell'atto.

[315] MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 1 e p. 413 così apre e chiude la sua opera: «Tutto quanto si può dire della rescissione del contratto si traduce ad una triplice sconfortante proposizione negativa: non si sa come sia nata, non si sa cosa sia, non si sa cosa ci stia a fare».

alla luce di un'eventuale *ratio* sottesa all'istituto, ma soltanto alla luce della sua storia più recente[316].

Il che dovrebbe indurre un certo scetticismo nel ritenere che l'*unfair exploitation* trovi il proprio corrispondente domestico nella disciplina degli artt. 1447 ss. c.c., e soprattutto, più in generale, sul fatto che queste ultime norme contengano in sé delle potenzialità inespresse che spetterebbe all'interprete sviluppare per garantire maggiore tutela alla parte debole del rapporto contrattuale.

### 2.2.3. Le radici storiche della rescissione nel tempo fra le due codificazioni: le ragioni dell'affermata a-sistematicità dell'istituto.

Il codice civile del 1865 conteneva, com'è noto, una figura peculiare di azione di rescissione per causa di lesione nell'ambito della vendita di beni immobili. L'azione, concessa al solo venditore, aveva come unico presupposto il fatto che questi fosse stato leso ‹‹oltre la metà nel giusto prezzo››. L'art. 1529 dell'abrogato codice specificava come di tale diritto il venditore potesse avvalersi ‹‹ancorché nel contratto avesse rinunziato espressamente alla facoltà di domandare una tale rescissione, ed avesse dichiarato di donare il di più del valore››. Si trattava di una norma tratta, com'è intuibile, dal *Code Napoleon*, il quale conteneva una disciplina pressoché identica, salvo aver fissato la soglia della lesione rilevante ai 7/12[317].

[316] Più che condivisibili appaiono le osservazioni di VITUCCI, *La rescissione*, cit., p. 433: «La scarsa diffusione dell'istituto ne renderebbe ingiustificata una trattazione particolarmente estesa…La storia…costituisce forse l'aspetto più interessante di essa».

[317] Nell'ambito del dibattito sviluppatosi in sede di redazione del *Code civil* la dottrina non era compatta nel valutare con favore l'introduzione dell'istituto. Decisivo, secondo quanto si riporta, fu l'intervento del Pothier, e dello stesso Napoleone. Così recita la relazione del Primo Console: «se il venditore ha ceduto al bisogno, perché non dovrebbe la legge assumere la difesa del povero oppresso contro l'uomo facoltoso che, per ispogliarlo, abusa dell'occasione o della sua ricchezza?». Come si vede, in realtà, già fin dalla sua introduzione erano dati per impliciti dei requisiti ulteriori rispetto alla sproporzione, pur se non trasfusi, poi, nel testo della legge. Per altri ragguagli si v. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza*, cit., p. 321. Chi osservi lo svilupparsi dei rimedi alla lesione nel corso della storia non può che condividere le osservazioni che CARPINO, *La rescissione*, cit., p. 1 svolge a premessa del suo studio sull'istituto (non a caso sotto un paragrafo titolato «le ragioni di un dilemma») «chi si soffermasse a ripercorrere…la vicenda contrattuale della lesione probabilmente sarebbe colpito soprattutto da questa caratteristica: norme che prendono in considerazione la lesione esclusivamente nella sua consistenza oggettiva, vengono interpretate

Visto il suo operare su basi marcatamente oggettive, e data la sua capacità di reagire ad una *mera sproporzione fra le prestazioni*, se ne predicava il carattere rigorosamente eccezionale, e il divieto di estenderne l'ambito applicativo oltre i suoi davvero angusti confini[318].

Nonostante le comuni basi normative di partenza, le posizioni espresse dalla dottrina italiana e francese sull'istituto della lesione, all'inizio del '900 tendevano a divaricarsi. La prima, come si è fatto notare, ha sempre studiato la rescissione come un capitolo del contratto di compravendita, ed un capitolo minore fra l'altro, sì che l'istituto è stato per lo più ignorato[319]. La dottrina francese, invece, si è sforzata esattamente nel senso opposto, tentando di trovarne una giustificazione concettuale e di ipotizzarne de *iure condendo* gli adattamenti che potessero farla assurgere al rango *istituto di applicazione generale*[320]. Procedendo in questo senso pochi, all'epoca, avevano ipotizzato che una tale operazione potesse basarsi sull'estensione del concetto di lesione quale mera sproporzione fra le prestazioni al di là del contratto di vendita immobiliare[321]. I più avevano, invece, ritenuto che la norma del *Code Napoleon*, concedesse un'azione di impugnativa al venditore leso, dando per sottinteso che la sproporzione altro non fosse che l'indice di un'alterazione nel processo di formazione della volontà contrattuale. L'estensione della norma, dunque, doveva passare necessariamente attraverso l'emersione di tale elemento, implicito, come si diceva, nel testo della legge. Una dottrina ritenne di

facendo riferimento ad uno stato soggettivo della parte lesa, a volte indicando la lesione come conseguenza di un'attività illecita della controparte, per converso norme che espressamente indicano, come elementi della fattispecie lesionaria sia la situazione soggettiva che lo squilibrio oggettivo delle prestazioni, vengono interpretate con esclusivo riferimento a quest'ultimo dato».

[318] VITUCCI, *La rescissione*, cit., p. 436 (richiamandosi peraltro a GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, p. 43); M. DE POLI, *Rescissione del contratto,* cit. p. 40 ss.

[319] Può consultarsi a questo proposito VOCINO, *La rescissione della vendita per lesione e la posizione del compratore*, Roma,1931.

[320] Si v. in questo senso la puntuale ricostruzione realizzata da MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 31 ss.

[321] Si legga sempre in MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 31 s. (e le note 98 e 100 il riferimento alla teoria di Andronesco). Può essere interessante notare come in Italia, in un tempo non distante, MONTEL (voce *Lesione*, in *Nuovo dig. it*., Torino, 1938, p. 774), scrivesse relativamente a teorie di questo tenore: «chi parla di equilibrio o squilibrio oggettivo tra costo e prezzo discetta astrattamente…discutere sulla sussistenza o verosimiglianza di una lesione, ignorando i movimenti particolari della vendita o dell'acquisto è quanto di più fantasioso possa immaginarsi».

identificarlo con un vizio del volere nuovo, lo stato di necessità. Altra dottrina, invece, ponendo l'accento sulla condotta della parte "libera", ritenne che il cardine della disciplina rescissoria fosse ‹‹l'*exploitation*, lo sfruttamento del leso da parte dell'altro contraente››[322].

Ci si può chiedere perché la dottrina francese si fosse mossa in questo senso e da dove avesse tratto l'impulso per questo tentativo di rivitalizzazione dell'istituto della rescissione. Pur senza trascurare che quest'ultimo, dalle sue origini storiche più remote, ha sempre basculato fra l'essere reputato vizio obiettivo del contenuto del contratto, ed uno soggettivo, del suo procedimento formativo[323], va constato come due eventi di non scarso rilievo erano avvenuti agli inizi del '900: la pubblicazione del Codice civile tedesco e la stipulazione della Convenzione internazionale di Bruxelles del 23.09.1910 sull'assistenza ed il salvataggio marittimo.

Il primo, come si è già notato, fin dalla sua prima formulazione giudicava nulli al §138 Abs. II, i contratti che presentassero prestazioni sperequate, per esser stati conclusi attraverso lo sfruttamento di uno stato di minorazione intellettiva o volitiva dell'altro contraente. Nelle intenzioni del legislatore la norma doveva essere la trasposizione in sede civile del concetto penale di usura, la cui punibilità in quegli anni non si giustificava più alla luce della ‹‹sproporzionata produttività del capitale pecuniario, ma nell'attività di sfruttamento dell'usuraio››[324]. Di qui la punibilità di qualsiasi forma di usura, non solo pecuniaria, ma anche reale. Come è stato osservato, quest'allargamento del concetto di usura ha comportato che,

[322] MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 32 ss., ed ivi anche le note 99 e 100; M. DE POLI, *Rescissione del contratto*, cit. p. 46 ss., per l'accenno ad alcune posizioni simili assunte anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane dell'epoca; si v. anche CAPRIOLI, *voce "Rescissione" (storia)*, in *Enc. del dir*., Milano, 1988, p. 933 ss. e spec. 961.

[323]Per le radici storiche della rescissione, ma con l'avviso che le medesime si presentano quantomai incerte MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 1 ss. per le origini della rescissione nel diritto romano, 16 ss., per quelle nel diritto intermedio. Da p. 28 ss. l'a. espone il dibattito sull'istituto nell'ambito della redazione del *Code Napolen* rilevando: «i giuristi che hanno collaborato alla grande compilazione ondeggiano continuamente, e sembra quasi che non se ne avvedano, tra il concetto di vizio subiettivo ed il concetto di vizio obiettivo…il PORTALIS, nelle sue molteplici perorazioni ve li ha messi tutti: il dolus in re ipsa e la sproporzione nei contratti commutativi, l'errore e la deceptio…». In ogni caso si v. anche CAPRIOLI, voce *"Rescissione" (storia)*, in *Enc. del dir*., Milano, 1988, p. 933 ss.

[324] MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 36.

trasposto in sede civile, il contratto integrante il "nuovo" delitto, si prestasse ad essere inteso come una sorta di estensione delle più tradizionali ipotesi di lesione[325]. Per usare le parole della dottrina che meglio ha esaminato la questione: ‹‹il par. 138 ha costituito un istituto nuovo, su basi ben diverse da quelle della lesione e adoperando concetti di diversa provenienza, e che *solo in linea di fatto* ha compreso nel proprio campo di applicazione ipotesi che venivano sottoposte tradizionalmente al rimedio contro la lesione. Ciò non ha impedito che la dottrina giungesse a costruire il concetto di lesione con lo stesso materiale usato per il concetto di *Wucher* ed a presentare una nozione nuova, nella profonda convinzione di apportare una semplice modifica ad una nozione tradizionale››[326].

Insomma, la dottrina francese si era persuasa, alla luce del §138, del fatto che lesione e sfruttamento dell'altrui debolezza dovessero andare di pari passo, trascurando le origini "penalistiche" della norma contenuta del BGB (di qui l'idea di lesione come "exploitation")[327].

Più lineare si presenta la vicenda innescata dalla Convenzione di Bruxelles del 1910 sopra citata[328]. L'art. 7 della stessa, difatti, rendeva annullabili i contratti

[325] MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 32.

[326] MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 38. Non va trascurato, peraltro, come tale saldatura fra lesione ed usura non si presenti come un "inedito" della codificazione tedesca, avendo radici in realtà ben più profonde (in particolare nell'influenza esercitata dai canonisti nel diritto intermedio). Per qualche approfondimento si v. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza*, cit., p. 318, ove si spiega in particolare la nascita della teoria che vede nella lesione un'ipotesi di *dolus in re ipsa*.

[327] MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 37. L'A., constatato che a fondamento del § 138 del BGB sta l'idea che siano da reprimere le convenzioni usurarie, e quindi sostanzialmente l'attività di sfruttamento dell'usuraio, si chiede come mai la sanzione prescelta dal codificatore tedesco sia stata la nullità. La risposta fornita dall'illustre A. è lapidaria: «la costruzione data all'istituto dal BGB deriva…da un vero e proprio svarione concettuale autorevolmente concepito e autorevolmente sostenuto…può essere ammesso pacificamente che l'attività dell'usuraio…sia da considerare immorale…Ciò che non è stato dimostrato e non è dimostrabile…è che il negozio attraverso il quale si esplica l'attività immorale od illecita sia a sua volta, un negozio immorale». Si vedano poi anche le pagine 85 ss. per ulteriori ragguagli. Non meno severo è il giudizio di CAPRIOLI, *voce "Rescissione" (storia)*, cit., p. 964, il quale giudica il § 138 BGB come «segno eloquente di una civiltà cui era mancata l'esperienza di d'una schietta legislazione liberale» e frutto «dell'aspra moralità del Thomasius» combinata a «certe aspirazioni medievaleggianti di una vivacissima cultura cattolica».

[328] Per la quale oltre a MIRABELLI, La rescissione del contratto, cit., p 145 ss., si vedano anche per valutazioni più sintetiche VITUCCI, *La rescissione*, cit., p. 445 ss.; M. DE POLI, *Rescissione del contratto*, cit. p. 3 ss. Una ricostruzione storia dell'istituto più completa è quella di CAPRIOLI, voce *"Rescissione" (storia*), cit., p. 933 ss.

conclusi in stato di pericolo, allorché presentassero pattuizioni ‹‹non eque››. Ricordando che l'iniquità si identificava, da sempre, come presupposto della rescissione, in questa norma nuova la dottrina francese vide ‹‹una specificazione legislativa del concetto di lesione››. In ciò non resistendo al desiderio di far leva sul concetto di stato di pericolo ‹‹assillata com'era dal desiderio di trovare un punto d'appoggio al quale ancorare lo sfuggente concetto di lesione›› e finendo in definitiva per ‹‹individuare in tutti i casi di sproporzione contrattuale la connessione con una particolare situazione di fatto che ha posto uno dei contraenti nella condizione di contrarre sotto l'influsso di una necessità e si è potuti giungere a porre come fondamento dell'azione di lesione un generico concetto di stato di necessità››[329].

La conclusione che si trae è dunque la seguente: nonostante il diritto positivo fornisse indicazioni tale da far ritenere che la rescissione fosse un istituto dai connotati marcatamente oggettivi, attraverso la comparazione ed una norma di settore, lo stesso fu inteso in senso totalmente diverso. Ne vennero "scoperti" gli impliciti presupposti soggettivi, e su di essi si fece leva per svilire l'elemento obiettivo della lesione e farne un istituto dal volto nuovo, e di applicazione generale.

Ciò spiega come si fosse arrivati, infine, negli anni '20 del '900, a concepire una norma del seguente tenore: ‹‹Se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate rispetto ai vantaggi che egli trae dal contratto ed alla prestazione dell'altro contraente, in maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l'obbligazione››. Essa era contenuta nell'art. 22 del progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti[330], e configurata come un quarto vizio del volere dai contorni (al massimo grado) generici. Come si è giustamente notato, in definitiva, il § 138 del BGB era stato uno dei mezzi attraverso i quali si arrivò a negare che il fondamento

[329]MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 41 ss. M. DE POLI, *Rescissione del contratto*, cit. p. 49 ss.

[330] Sul Progetto di codificazione in questione si v. - oltre a SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza*, cit., p. 330 s., anche per ulteriori ragguagli bibliografici, e a G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 375 s. - soprattutto ALPA - CHIODI, *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927): un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione,* Milano, 2007, spec. le p. 67 ss.

della lesione riposasse solo nella obiettiva sproporzione delle prestazioni, ma la costruzione del nuovo istituto avvenne distaccandosi anche da quel modello e ripolarizzando la lesione attorno all'elemento soggettivo della volontà viziata[331].

Attraverso questo tentativo di collaborazione in campo internazionale, com'è intuibile, le posizioni dottrinali francesi più recenti erano arrivate anche entro i nostri confini, contribuendo ad alimentare un dibattito, anche da noi rivitalizzatosi, sulla figura della rescissione[332].

Quando ci si accinse a redigere il codice del 1942 la confusione intorno all'istituto della rescissione era massima. Le annotazioni che seguono sintetizzano le ragioni del dibattitto, per verità estremamente complesso ed articolato, che si svolse sul punto[333].

I codificatori avevano di fronte a sé il modello dato dall'art. 22 del progetto italo-francese. Come si è già detto questa norma era nata dall'idea che l'elemento della lesione non fosse altro che un indice da cui desumere la presenza di un'alterazione del procedimento di formazione del contratto. A conferma della tesi si ponevano (come si è detto, forse con troppa disinvoltura) il §138 del BGB e l'art. 7 della Convenzione di Bruxelles del 1910, che si tendeva ad interpretare, dunque, come esemplificazioni del concetto di lesione. Si ritenne logico, di conseguenza, che la sanzione civile per i contratti usurari e per quelli conclusi in stato di pericolo potesse essere contenuta in un'unica norma, che faceva di una generica mancata

[331] MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 42 ss. Corretto, dunque, il rilievo di M. DE POLI, *Rescissione del contratto,* cit. p. 52 s. ed ivi anche la nota 76, il quale ritiene come alla luce della formulazione dell'art. 22 del Progetto si sia inteso spostare l'oggetto di tutela dalla rescissone dallo squilibrio alla menomata libertà del consenso, secondo un modello di *procedural justice*.

[332] Si v. CAPRIOLI, *voce "Rescissione" (storia)*, cit., p. 964 s., il quale descrive sinteticamente il clima culturale in cui ebbe a svilupparsi la norma in esame, riferendosi ad un vago senso umanitario e di giustizia che animava parte della dottrina italiana. L'a. ricorda come regole antesignane dell'art. 22 del *Progetto* fossero state redatte nei codici civili elaborati dallo Scialoja per le colonie italiane, in particolare per l'Eritrea, la Somalia ed infine la Libia.

[333] Possono leggersi, oltre alle opere già citate, i contributi di G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990; RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, p. 500 ss., oltre che le raffinate pagine di BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, 28 (1999), p. 329 ss.

liberà di consenso un quarto vizio del volere, desunto dalla sproporzione fra le prestazioni.

Questo modello riportato in Italia, sebbene sostenuto da giuristi autorevoli[334], trovò l'opposizione di buona parte della dottrina[335]. Le ragioni del contrasto erano di ordine diverso, e come giustamente messo in luce, esse furono di ordine politico[336] – giacché a partire dagli anni '30 del '900 all'influenza francese sul pensiero, anche giuridico, italiano si era venuta sostituendo l'influenza tedesca – e di ordine tecnico.

In questo contesto una prima obiezione faceva leva sulla necessità di evitare di elaborare un'azione generale di rescissione per lesione, non tradendo il tessuto normativo del codice del 1865. Opinare diversamente, si diceva, significava introdurre nell'ordinamento un'azione in grado di minare la tranquillità e la sicurezza del credito, concedendo una sorta di diritto di pentimento per coloro i quali volessero svincolarsi da un affare rivelatosi sconveniente[337].

Da altri si osservò, invece, come quella norma andasse contrastata in quanto costituiva un'applicazione aberrante del «famigerato dogma della volontà…tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed ereditata dal liberalismo» di matrice francese[338]. Non si negava la necessità di estendere i confini della lesione, ma si sosteneva la necessità che ciò andasse fatto sulla base del modello tedesco, ossia ricollegando lesione ed usura, ma sotto l'insegna della nullità «per illiceità della causa», espressione, quest'ultima, della necessità che il negozio dovesse esprimere una funzione economico-sociale e che

[334] Fra questi in particolare come ricordato in precedenza lo Scialoja. Si v. CAPRIOLI, *voce "Rescissione",* cit., p. 964 s., anche per ulteriori approfondimenti bibliografici.

[335] Si v. ad es. il riferimento alla posizione dell'ENRIETTI, in MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 42 ed in particolare nota 131; nonché la reazione di BETTI, *Progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. comm*., 1929, I, p. 665 ss.

[336] Il tema è trattato magistralmente da BRECCIA, *Continuità e discontinuità*, cit., 329 ss., il quale riporta i tratti salienti del dibattito sviluppatosi fra Betti da un lato e Scialoja e D'Amelio dall'altro, circa l'opportunità di intraprendere un tentativo di codificazione comune fra Italia e Francia. Il che interessa, in questa sede, dato che da tali implicazioni politiche si facevano discendere anche conseguenza in ordine agli strumenti tecnici più adeguati volti alla protezione dei "deboli". Si v. a questo proposito anche ALPA - CHIODI, *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, cit., p. 79 ss.

[337] Questo, in sintesi, il pensiero di Vassalli, riportato alla luce da G. B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli*, cit., p. 32 ss.

[338] BRECCIA, *Continuità e discontinuità*, cit., 329.

fossero da ripudiare, al massimo grado, i patti non solo illeciti, ma pure socialmente inutili[339]. Una visione, questa, che imputando ai redattori del progetto italo-francese una erronea lettura del §138 BGB, non si sottraeva, forse, a censure maggiori[340].

La formulazione degli articoli 1447 e 1448 c.c. è il risultato di un'opera di apparente mediazione fra queste posizioni dottrinali.

Si osservi infatti che: l'art. 1448 c.c., seguendo il modello tedesco, è stato redatto ricalcando l'allora vigente art. 644 c.p., che sanzionando l'usura prevedeva fosse punibile chiunque «si fa dare o promettere sotto qualsiasi forma…interessi od altri vantaggi usurari» «approfittando dello stato di bisogno». L'art. 1447 c.c., invece, nelle intenzioni del legislatore, costituiva la generalizzazione dell'art. 7 della Convenzione di Bruxelles del 1910, il quale – applicato in Italia con l'art. 7 della l. 14 giugno 1925 n. 938 – sanzionava con l'annullabilità i contratti di salvataggio marittimo conclusi a condizioni non eque.

---

[339] BRECCIA, *Continuità e discontinuità*, cit., 329 ss., ma spec. 335 s. ricorda come, nel pensiero di Betti, l'introduzione dei principi della società corporativa richiedesse una maggiore solidarietà e collaborazione fra classi sociali, ma anche la subordinazione di queste alle *superiori esigenze nazionali*. Passando da questo piano più generale al tema che ora interessa, l'implicazione che l'illustre giurista traeva era quella per cui al problema dell'ingiustizia del contratto dovessero porre rimedio i concetti di causa (da intendersi, com'è noto, come funzione economico sociale del contratto), e l'idea di interesse meritevole di tutela, l'uno e l'altro capaci di far penetrare, nei rapporti interprivati, i principi della solidarietà corporativa. In tal senso Betti, nel ricercare lo strumento tecnico a porre rimedio al contratto ingiusto, si opponeva «a tutti i tentativi di avvalersi, secondo una moda imputata ai vituperati francesi, della tecnica dei nuovi vizi presunti…» (citiamo da BRECCIA, p. 335). Ovviamente il pensiero del Betti conserva una sua attualità ove lo si epuri dai riferimenti all'ideologia dell'epoca, conservando però la direttiva entro cui si muove: la lesione arrecata al contraente debole è prima ancora lesione ad un valore su cui si regge l'ordinamento, ed il rimedio è, dunque, il ripudio del contratto con la sanzione di massimo grado (la nullità).

[340] Chi avesse la curiosità di comprendere come entro i nostri confini nazionali il § 138 del BGB (che fa della repressione dell'usura un capitolo del buon costume) sia stato letto come disposizione idonea a reprimere i patti mancanti di causa valida può trovare sufficiente risposta in MIRABELLI, *La rescissione del contratto,* cit., p. 82 ss. Il pensiero dell'a. si può sintetizzare così: l'*Ausbeutung* indicato dalla norma non è stato letto come sinonimo di abuso o sfruttamento, ma ridotto a stato soggettivo di conoscenza. Il che ha prodotto uno slittamento della fattispecie assumendo questa una «colorazione obiettiva: (l'abuso) non consiste più nello stato psichico del *Wucherer*, dell'approfittatore, ma nella circostanza che questi riceve un vantaggio sproporzionato…da questo slittamento di concetti è sorta logicamente l'affermazione che la immoralità di un negozio può nascere dalla sproporzione tra le prestazioni» ed in definitiva «da questa affermazione alla concezione del negozio usurario come negozio viziato nella causa delle attribuzioni per inadeguatezza non è che un passo». Passo, ricorda l'autore, compiuto solo in Italia, giacché «la dottrina tedesca…non è giunta alle conclusioni aberranti alle quali si sono lasciati trascinare i suoi interpreti italiani».

Il legislatore, in definitiva, ha: I) ritenuto di dover distinguere l'ipotesi della lesione dall'ipotesi del contratto concluso in stato di pericolo, ma ponendole nell'ambito di un medesimo istituto (rescissione), risentendo ancora dell'influenza esercitata dal pensiero della dottrina francese[341]; II) configurato una forma di impugnativa contrattuale diversa sia dall'annullamento che dalla nullità, come a voler marcare la distanza tanto dalla dottrina che nello squilibrio contrattuale vedeva l'indizio delle presenza di un vizio del volere, tanto da quella che vi ravvisava un'ipotesi di illiceità della causa[342]; III) introdotto dei requisiti capaci di limitare l'ambito applicativo delle due fattispecie, accogliendo gli auspici di chi ne aveva osteggiato l'introduzione (il riferimento è, fra i più evidenti, al limite dell'*ultra dimidium*[343], tratto dalla tradizione e dal codice del 1865 per la rescissione per lesione, alla rilevanza che venne data al solo pericolo di danno grave alla persona, e all'inammissibilità della convalida). Quest'ultima strategia, che come si è dimostrato si deve alla mano di Filippo Vassalli, si è rivelata senz'altro vincente[344].

---

[341] Secondo CORSARO, voce *Rescissione*, cit., p. 635, nonostante lo sdoppiamento della rescissione in due figure, il legislatore avrebbe pensato l'istituto come volto a tutelare un'unica situazione, ossia quella del bisogno. In realtà proprio l'analisi storica della rescissione porta a non condividere questa affermazione.

[342] Questa valutazione non sembra essere condivisa da CAPRIOLI, *voce "Rescissione" (storia)*, cit., p. 965 ed ivi nota 411, che vede nell'istituto (specie alla luce del requisito dell'*ultra dimidium*) un richiamo al diritto romano, quasi a ripristinare «una continuità ininterrotta dal diritto romano al codice Mussolini», così anche M. DE POLI, *Rescissione del contratto,* cit. p. 61 ss., il quale ritiene che non vi siano in definitiva significative divergenze fra rescissione ed annullamento, e che il legislatore avrebbe scelto di costruire la prima figura sostanzialmente per enfatizzare come si trattasse di un istituto nuovo, frutto del genio italiano. Probabilmente queste affermazioni colgono nel segno, ma forniscono una spiegazione che è solo "di facciata", dovendo rinvenirsi le implicazioni più profonde della scelta del legislatore nel senso sopra indicato.

[343] Si v. la *Relazione al Re*, n. 125 ove si afferma chiaramente come il limite in parola sia stato introdotto per non dilatare oltre misura l'ambito di operatività dell'azione, e non lasciare eccessiva discrezionalità nella sua applicazione.

[344] Le osservazioni di Vassalli (relative, fra l'altro, ad una bozza di disposizione assai più simile all'attuale art. 1448 c.c. che all'art. 22 del Progetto italo-fracese) possono leggersi, come ricordato, in G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli,* cit., p. 32: «sono sommessamente ma nettamente contrario a questa disposizione, per ragioni che è superfluo ricordare. Essa mina la solidità e la tranquillità del credito, non solo per le applicazioni che potranno farsene, ma già per la sua semplice presenza nella legge, che autorizzerà i più vessatori tentativi. Nella deprecata ipotesi che dovesse rimanere, si dovrebbe cercare di modificarne la formulazione, almeno per ridurre il vago e l'impreciso di certi criteri». Le parole dell'A. trovano poi riscontro nella *Relazione al cod*. Si v. ad es. n. 656 «Si sono cercati…gli estremi di figure giuridiche generali, a contorni compatibili con l'esigenza di non attenuare la forza obbligatoria dei contratti», o il n. 565: «una norma generale

Tutto ciò ha condotto alla disciplina che oggi si conosce, e la cui spiegazione non si rinviene se non nelle ragioni storiche che hanno portato alla sua elaborazione. Averle rapidamente accennate dovrebbe aver rafforzato la convinzione per cui, nella disciplina dettata dagli artt. 1447 ss. c.c., si possono rinvenire certo dei frammenti dell'*unfair exploitation*, ma nell'ambito di alcune fattispecie che non ne condividono la logica.

Se si ammette, anzi, che l'*unfair exploitation* comporti un allargamento dell'area dei fattori perturbativi del consenso dei contraenti, mettendo in crisi la tradizionale tripartizione errore – dolo – violenza, dovrebbe più correttamente rilevarsi che essa persegue un risultato che nel nostro ordinamento si è voluto, invece, evitare.

Ad avviso di chi scrive la storia della rescissione, dalle sue origini ad oggi, dimostra con chiarezza come esso sia un istituto che non si coordina col sistema perché scientemente lo si è voluto isolare dallo stesso, rinserrandolo in una disciplina solitaria. Non funziona nella prassi, perché scientemente si è voluto che non funzionasse, contornandolo di presupposti applicativi assai stringenti e la cui ricorrenza simultanea è già solo in astratto difficile.

Che la disciplina normativa della rescissione sia il luogo ideale in cui sperimentare un *upgrade* di tutela per la parte debole del rapporto contrattuale, dunque, pare fuori discussione dovendosi questo sviluppare al di là e oltre i confini (e la logica) dell'istituto[345].

---

che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto…sarebbe stata…esorbitante…pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni».

[345] In questo senso non si ritiene di poter concordare ad es. con G.E. NAPOLI, *La rinnovata fisionomia della rescissione per lesione,* cit., p. 159, il quale reputa come sarebbe errato ritenere la rescissione un istituto isolato, inserendosi la stessa nel quadro degli istituti volti a prevenire il rischio di abusi nel contratto, fra i quali «certamente quelli che tutelano i consumatori e quelli che tutelano le imprese che versano in qualche posizione di soggezione». Diversa e per certi versi più sottile è la posizione di VITUCCI, *La rescissione per lesione*, cit., p. 479 ss. il quale ritiene che il futuro della rescissione sarà quello di assicurare la coerenza di ogni singolo contratto con il mercato, auspicando in tal senso una lettura dello stato di bisogno come mancanza di alternative sul mercato, e l'approfittamento come abuso di una posizione di forza sul mercato. Ma anche su quest'idea si può esprimere qualche perplessità. Anche la rescissione per stato di pericolo può essere letta osservando che chi compie l'opera di salvataggio può imporre condizioni inique in quanto, di fatto, agisce da monopolista, e che il soggetto in pericolo le accetta non avendo alternative. Ma si tratta di una lettura che magari può essere più suggestiva, ma non cambia di certo la natura dell'istituto. Dopo aver formulato questa conclusione, difatti, l'a. fa mostra di un certo scetticismo ammettendo che «le occasioni per mettere a frutto l'impostazione nuova dovranno cercarsi e si presenteranno…*oltre* i

La storia della rescissione dovrebbe anche aver sufficientemente indicato quali siano le due alternative che in questo senso il nostro legislatore poteva percorrere, ma non ha percorso: fare della debolezza un problema di consenso viziato, ampliando l'ambito di operatività dei vizi della volontà, oppure farne un problema di contrasto con un valore superiore dell'ordinamento, per il tramite degli istituti della causa o dell'ordine pubblico.

### 2.2.4. La rescissione per lesione alla prova della novellata disciplina dell'usura ad opera della l. 7 marzo 1996 n. 108.

Secondo parte della dottrina, tutto quanto sopra esposto in materia di rescissione, ed in particolare di rescissione per stato di bisogno, dovrebbe ritenersi oramai superato avendo in buona sostanza la novellazione dell'art. 644 c.p. – operata dalla l. 7 marzo 1996 n. 108– condotto ad una tacita abrogazione dell'istituto per come disciplinato dal codice civile.

Per vagliare la correttezza di questi assunti, è necessario pertanto esaminare, almeno per sommi capi, i rapporti fra rescissione ed usura nel nostro sistema giuridico[346].

Come detto l'art. 1448 c.c. è stato redatto sulla scorta dell'allora vigente art. 644 c.p., il quale dichiarava punibile: ‹‹chiunque…*approfittando dello stato di bisogno* di una persona si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per

confini sempre più esigui della rescissione» (p. 482). Va soggiunto, inoltre, come Vitucci abbia preconizzato un possibile futuro dell'istituto (anche se gettandovi egli stesso un'ombra di pessimismo come visto) traendo spunto (esplicitamente) da G. MARINI, voce *Rescissione (dir. vig.)*, cit., e da MIRABELLI, *La rescissione*, cit. Ma va ricordato come il secondo abbia constato l'asistematicità dell'istituto auspicando infine una sua riscrittura *de jure condendo*, mentre il primo, dopo aver tentato di ipotizzarne le linee direttrici per uno sviluppo ha infine constatato: «la crescente rilevanza che il principio di buona fede e la normativa di correttezza assumono…inducono all'emersione di sempre più evidenti profili di tutela. Le manovre dirette ad ottenere un beneficio eccessivo dal contratto con sfruttamento del contraente debole tendono così a trovare un fondamento concorrente, indipendente dalla concreta misura del vantaggio (*ultra dimidium*)…in grado di erodere lentamente la sfera di incidenza tradizionalmente riservata alla rescissione».

[346]Anche su questo tema si v. MIRABELLI, *La rescissione del contratto,* cit., p. 43 ss.; M. DE POLI, *Rescissione del contratto,* cit. p. 231 ss.; D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. del dir*., Annali IV, Milano, 2011, 806 ss., nonché la monografia COLAVINCENZO, *Nullità e rescissione dei contratti usurari*, Napoli, 2011, il quale compie una chiara e completa analisi della materia giungendo ad esiti condivisibili.

altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, interessi o altri vantaggi usurari…››. La lettura della norma conferma come l'art. 644 c.p. e la disciplina della rescissione per lesione presentino uno stretto collegamento, rafforzato viepiù ove si ricordi che nella disciplina dettata dal codice civile l'art. 1449 c.c., disciplinante la prescrizione dell'azione di rescissione, prende espressamente in considerazione l'ipotesi che il contratto integri anche gli estremi di un reato.

L'affermazione per cui il legislatore ha inteso la rescissione quale sanzione civile per il contratto integrante gli estremi del reato di usura trova riscontro anche nei lavori preparatori[347]. Anzi, da questi si evince come l'introduzione della rescissione per stato di bisogno, occorresse, in definitiva, a combattere l'orientamento giurisprudenziale formatosi nel breve lasso di tempo intercorrente fra l'emanazione del codice penale e quella del codice civile, e che si era consolidato nel senso di ritenere i contratti integranti il delitto di usura nulli per immoralità o illiceità della causa[348]. Era, questa, una soluzione che in altri ordinamenti – in quello tedesco in primo luogo – era stata seguita, ma che non tutta la dottrina giudicava corretta. Le ragioni erano intuibili: si osservava come l'illiceità riposasse nella condotta di uno dei contraenti, e non nell'assetto d'interessi espresso dal contratto, che dunque, propriamente, non poteva dirsi in contrasto con norme imperative[349].

[347] Si v. ad es. la *Relazione al Re*, n 125, ove si discorre di un rigoroso coordinamento fra l'art. 644 c.p. e l'art. 1448 c.c.

[348] Prima dell'entrata in vigore del codice penale la dottrina aveva ritenuto che i reati integranti gli estremi dell'usura potessero giudicarsi annullabili, ritenendosi integrati gli estremi della violenza (v. ad es. ROTONDI, *Vecchi e nuove tendenze per la repressione dell'usura*, in *Riv. dir.civ*., 1911, p. 239 ss.). L'idea prevalente era comunque nel senso della nullità per immoralità o illiceità della causa (DEGNI, *I limiti della libertà contrattuale e l'usura nel dir. priv*., in *Riv. crit.dir. e giur*., 1908, II, p. 1 ss.). Per ulteriori indicazioni circa il rapporto tra usura e rescissione nel contesto dei lavori preparatori del c.c., si v. oltre che MIRABELLI, *La rescissione del contratto,* cit., p. 87 ss.; SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in *Giur. it*., 1948, I, 1, p. 52 ss. G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. dir. comm*., 1975, p. 289. In una prospettiva in parte diversa, invece, RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002, p. 92 ss.

[349] D'AMICO, *Nullità non testuale,* cit., p. 806; MIRABELLI, *La rescissione del contratto,* cit., p. 87 ss., ed ivi le relative indicazioni bibliografiche. Si v. anche oltre in questo paragrafo, in ogni caso, per ulteriori indicazioni circa il rapporto fra l'art. 1418 comma 1° e le norme imperative penali.

Nonostante gli auspici dei codificatori, dalla disciplina normativa della rescissione per lesione si evince anche come fra quest'ultima e l'usura non vi sia perfetta sovrapponibilità[350]. Da un lato, infatti, l'art. 644 c.p. aveva un ambito applicativo oggettivamente limitato alla prestazione, da parte dell'usurato, di denaro o altre cose mobili (ad esclusione, allora, delle prestazioni di immobili); dall'altro lato, l'art. 1448 c.c. specifica come la lesione rilevante sia solo quella che supera la soglia dell'*ultra dimidium*, specificazione non contenuta, come si è visto, nel codice penale.

Un'altra distinzione si rinviene nell'interpretazione data alle norme summenzionate, ed in particolare per quanto attiene al requisito dell'approfittamento, che se in sede penale connota il dolo richiesto ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato, in quella sede civile, com'è noto, da elemento volitivo passa ad essere inteso come elemento meramente intellettivo, consistente anche nella sola consapevolezza del bisogno in cui l'altro contraente versa[351].

La divaricazione tra usura e rescissione è ancora più evidente ove si consideri che con l'art. 1815 c.c., dettato in tema di contratto di mutuo, si era seguita una diversa strategia, sancendo la nullità della clausola recante interessi usurari, prevedendo la sostituzione di diritto con gli interessi al tasso legale. Norma, questa, destinata statisticamente ad avere una maggiore applicazione pratica.

Già a partire dal 1942, dunque, esistevano: una serie contratti integranti gli estremi dell'usura ma non anche della rescissione, in quanto ad esempio non integranti il requisito della lesione *ultra dimidium*; ed una serie di contratti rescindibili, pur in assenza del delitto di usura (perché, ad esempio, in sede penale

[350] Può essere utile una precisazione. Dall'art. 1449 c.c. si evince chiaramente come il legislatore prenda in considerazione ipotesi di rescissione che integrano gli estremi di un reato (i.e. l'usura), e quindi implicitamente è stabilito che vi siano anche delle ipotesi di contratto rescindibile non conclusi attraverso la consumazione di un reato. Si potrebbe credere, allora, che il coordinamento tra usura e rescissione non sia mai stato negli intenti del legislatore. Questa osservazione va accantonata osservando come i problemi di coordinamento fra le due discipline sorgano solo allorché siano i contratti usurari a non trovare rispondenza nell'art. 1448 c.c. e non certo il contrario.

[351] MIRABELLI, *La rescissione del contratto,* cit., p. 120 ss., D'AMICO, *Nullità non testuale,*cit., p. 806 ed in particolare la nota 46; ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 841, ove si critica negativamente l'orientamento in parola.

non si rilevava la presenza dell'elemento psicologico del dolo specifico, o perché relativi a beni immobili).

Questi ed altri problemi inerenti al difficile rapporto fra usura nel diritto penale ed in quello civile, sono probabilmente alla radice dell'orientamento giurisprudenziale, non sovvertito dal codice del 1942, che vede nel contratto usurario un contratto nullo (per illiceità della causa, o per contrarietà a norme imperative). Nonostante l'intento del legislatore, difatti, la rescissione per stato di bisogno non aveva assolto alla sua funzione di fungere da referente civilistico per i contratti usurari, generando la necessità di approntare dei rimedi per delle ipotesi non espressamente contemplate[352].

Su questo stato di cose è poi intervenuta la legge 7 marzo 1996 n. 108, che ha totalmente riformulato l'art. 644 c.p., coordinando la disciplina penalistica con quella recata dall'art. 1815 c.c., ma non anche dagli artt. 1448 ss. c.c.[353].

Oggi l'art. 644 c.p. introduce due distinti criteri per individuare il carattere usurario del contratto. Una prima ipotesi è quella fissata dal comma 1°, il quale stabilisce l'usurarietà degli «interessi» che superino il c.d. "tasso soglia", consistente in un parametro fisso e predeterminato (sebbene senz'altro capace di variare nel tempo), ragion per cui si discorre di "usura in astratto"[354]. Ma, ed è ciò

[352] Il periodare della giurisprudenza può riassumersi all'incirca in questi termini: le norme penali sono imperative, e dunque la loro violazione dà luogo a nullità virtuale in tutti i casi, salvo che la legge non disponga diversamente. La rescissione è sì un disporre diversamente da parte della legge, ma non per ogni ipotesi. Il che riapre la via della nullità (si v. ad es. Cass. 20.11.1979 n. 4824). Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si v. D'AMICO, *Nullità non testuale,* cit., p. 806 ed ivi nota 45, nonché COLAVINCENZO, *Nullità e rescissione*, cit., p. 78 ss. Prima della novella dell'art. 644 c.p. la dottrina per lo più contestava la tesi giurisprudenziale della nullità, si v. ad es. G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità,* cit., 289; QUADRI, *Profili civilistici dell'usura*, in *Foro it.,* 1995, V, p. 337 ss.; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 152.

[353] Sui rapporti fra la novellata legislazione sull'usura e la rescissione si vedano fra gli altri: ALPA, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm*., II, 1996, p. 181 ss.; TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 492; OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.,* I, 1999, p. 538 ss.; QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm*., II, 1997, p. 62 ss.; MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e impr*., 1999; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* (a cura di Ferroni), Napoli, 2002, p. 49 ss.; M. DE POLI, *Rescissione del contratto,* cit. p. 236 ss.; e COLAVINCENZO, *Nullità e rescissione*, cit., p. 37 ss.

[354] La l. 7 marzo 1996 n. 108 chiarisce i criteri di individuazione del tasso soglia, come dato da stabilire trimestralmente, all'art. 2 comma 1°. In arg. si v. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, cit., p. 468.

che rileva per il discorso che si va conducendo, il comma 3° dell'art. 644 c.p., introduce anche un secondo criterio, stabilendo che siano usurari non solo gli «interessi» ma anche tutti i «vantaggi o compensi» i quali risultino - alla luce delle «concrete modalità del fatto» e dal tasso medio praticato per operazioni similari - comunque «sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità», se chi li ha dati (o promessi) si trovi «in condizioni di difficoltà economica e finanziaria» (c.d. usura "in concreto").

Come si vede, allora, il nuovo testo di legge presenta significative novità[355]. In primo luogo nella fattispecie base del delitto di usura viene soppresso il riferimento ad ogni elemento di carattere soggettivo, non facendosi menzione del requisito all'approfittamento dello stato di bisogno in cui versi il soggetto passivo del reato. Il riferimento allo stato di bisogno, anzi, si rinviene solo nel medesimo art. 644 comma 5°, n. 3, come circostanza aggravante.

Il che, ove ad essere usurario sia un contratto di mutuo, od in generale di finanziamento (visto il riferirsi della norma agli interessi), ha forse ridotto i problemi di coordinamento fra la norma penale e quella civile, specchiandosi la prima nell'art. 1815[356] c.c., e non ponendosi nemmeno più la questione – assai dibattuta prima della novella – se quest'ultimo implicitamente richiedesse che il mutuatario versasse in stato di bisogno (elemento di cui la norma non faceva menzione, ma che pure era "costitutivo" dell'allora vigente reato di usura)[357].

[355]Per un quadro complessivo delle novità introdotte dalla novella si fa rinvio alle osservazioni svolte dagli aa. citati alla nota 178, ma per una valutazione di sintesi si v. COLAVINCENZO, *Nullità e rescissione*, cit., p. 45 ss.

[356] In realtà la dottrina si presenta divisa sul tema, essendovi chi ricollega la nullità di cui all'art. 1815 c.c. al solo superamento del tasso soglia, e chi invece richiede comunque l'accertamento di tutti gli estremi del reato (quindi anche del dolo in capo all'usuraio). Per la prima opinione si v. ad es. OPPO, *Lo squilibrio contrattuale*, cit., p. 533 ss.; GRASSI*, Il nuovo reato di usura: fattispecie penale e tutele civilistiche*, in *Riv. dir. priv*., 1998, p. 235; per la seconda MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, cit., p. 478.

[357] Cfr. SCHIAVONE, *Usura: pluralità di fattispecie e rimedi civilistici*, in *Obb. e contr*., 2006, p. 337 ss. Sull'argomento si v. per tutti COLAVINCENZO, *Nullità e rescissione*, cit., p. 19 ss. ed ivi la nota 80 per ampi riferimenti alla giurisprudenza anteriore alla novella del 1996; GENTILI, *I contratti usurari: tipologia e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001, p. 373 ss. In particolare a quest'ultimo a. si fa rinvio per la trattazione del tema - che qui interessa marginalmente - relativo al collegamento fra usura monetaria in concreto e nullità prevista dall'art. 1815 c.c.

Non altrettanto si può dire, tuttavia, con riferimento alla c.d. usura reale, reato che si ricava dal comma 3° dell'art. 644 c.p., nel momento in cui fa riferimento all'usurarietà di «altri vantaggi».

Ci si chiede, ora, quale sia il referente civilistico per tale norma, non rinvenendosi, questo, - salvo che non se ne proponga un'applicazione analogica - nell'art. 1815 c.c., che fa menzione dei soli *interessi* usurari[358] e nemmeno nell'art. 1448 c.c., il quale annovera fra i propri costituenti l'approfittamento dell'altrui stato di bisogno, oltre che la misura *ultra dimidium* della lesione.

Il dibattito sorto in dottrina sul tema è estremamente variegato, essendo stata avanzata, in realtà, pressoché qualsiasi soluzione in astratto ipotizzabile. Ci si limiterà qui a tratteggiare le direttive entro le quali esso si è sviluppato, per la piena comprensione del quale è, in ogni caso, necessaria una premessa in ordine ai rapporti fra reato e contratto nel nostro ordinamento[359].

Il punto di partenza va individuato nel primo comma dell'art. 1418 c.c., il quale prevede la nullità (c.d. virtuale) del «contratto contrario a norma imperative», salvo che la legge disponga diversamente.

Facendo leva su tale ultima disposizione, la dottrina ha elaborato la nota distinzione fra i c.d. *reati contratto* ed i *reati in contratto*. Il primo caso si avrebbe tutte le volte in cui la norma imperativa (e dunque anche penale) disapprovi direttamente la stipulazione del contratto *per il contenuto* che esso esprime (e dunque per il suo oggetto, la sua causa, o per il motivo illecito e comune che muove alla sua stipula). Nel secondo caso, invece, ad essere disapprovato dalla norma

[358]In questo senso si v. COLAVINCENZO, *Nullità e rescissione*, cit., p. 73 s., oltre che MERUZZI, *Il contratto usurario*, cit., p. 32 ss., DE POLI, *La rescissione*, cit., p. 239 ss. Si v. però la posizione di RICCIO (in Riccio-Lanzillo), *Rescissione del contratto*, cit., p. 191, ove si afferma la necessità di estendere analogicamente l'art. 1815 comma 2° a tutti i contratti di scambio. Posizioni più articolate, ma nel senso di dover giungere alla nullità parziale anche del contratto integrante gli estremi dell'usura reale, sono quelle espresse da CARPINO, *La rescissione*, cit., p. 82, ed anche da PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale e interpretazione "autentica"*, in *Squilibrio e usura nei contratti* (a cura di Vettori), Padova, 2002, p. 29 ss.

[359]Il tema, ovviamente, richiederebbe di essere trattato con ben maggiore profondità. Ci si limiterà qui ad alcuni richiami essenziali. Si v. in generale, per una trattazione sintetica dei temi di cui si sta dicendo, D'AMICO, *Nullità non testuali*, cit., p. 798 ss.; M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, IV, Rimedi-1 (a cura di A. Gentili), Milano, 2006, p. 47 ss. Una ricostruzione diffusa, da ultimo, è nella monografia di RABITTI, *Contratto illecito e norma penale, contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000.

penale non sarebbe tanto il contratto in sé, quanto piuttosto la condotta di un contraente, per avere questo indotto l'altro alla stipula con mezzi illeciti (es. con raggiri, con abuso, con frode o violenza ecc.)[360].

Il primo gruppo di casi (reati-contratto), rientra senz'altro sotto la previsione dell'art. 1418 c.c., e pertanto cade sotto la scure della nullità ivi prevista; non altrettanto può dirsi circa i *reati in contratto*, giacché in questo secondo caso, come detto, non è *il contratto* l'oggetto della riprovazione da parte dell'orientamento, ma una condotta intervenuta nel suo procedimento formativo.

Si noti come, secondo tale criterio, al fine di stabilire se la violazione della norma penale possa condurre a nullità, non giocano alcun ruolo né la gravità della condotta tenuta dal reo, né la gravità della lesione inflitta al bene giuridico tutelato e nemmeno il tipo di bene giuridico tutelato. Quello che conta è la «direzione del divieto»[361] stabilito dalla norma penale: se la legge penale, cioè, è diretta a vietare non un contenuto ma un comportamento, non potrà mai predicarsi la nullità del contratto ex art. 1418 c.c. Il che non significa, ben inteso, che il contratto non possa dirsi comunque invalido, ove la legge civile includa la condotta vietata in una regola di validità.

Ora, come si diceva, la dottrina nel passato non dubitava che il reato integrante gli estremi dell'usura fosse da ricondurre ai reati in contratto. La riprovazione dell'ordinamento, si faceva notare, si appuntava sulla condotta dell'usuraio (approfittamento dell'altrui bisogno). Certo la valutazione di usurarietà atteneva anche al contenuto della pattuizione, ma quest'ultimo era pur sempre riguardato come esito dell'attività illecita del reo, e non come risultato condiviso dalle parti.

Ebbene, secondo una parte della dottrina, proprio questo ragionamento non reggerebbe più alla luce della novella dell'art. 644 c.p. Il legislatore, connotando in

---

[360] Si v. in questo senso G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 393; RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., *passim,*

[361] La formula ("direzione del divieto") si deve a OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. dir. comm*., 1963, I, pag. 178, il quale comunque si poneva nel solco di una linea di pensiero già consolidata, e che tale parrebbe dirsi rimasta, per lo più, fino ad oggi. Sul tema si v. anche DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. Dir. priv*., 1985, p. 435 ss., e spec. 447, ove con chiarezza si afferma che «perché possa dirsi vietato e quindi nullo il contratto, è necessario che sia punito il comportamento negoziale di entrambe le parti».

termini marcatamente oggettivi la repressione dell'usura (abbandonando, s'intende, il riferimento all'approfittamento del bisogno sia nell'usura in astratto che in quella in concreto) avrebbe modificato la direzione del divieto, e ad essere oggetto della riprovazione dall'ordinamento sarebbe oramai *il contenuto* del contratto di per se stesso considerato (i.e. la *sproporzione* tra le prestazioni)[362].

Il *sequitur* della tesi è intuibile: se ad essere contrario a norma imperative è *il contratto*, la nullità sarebbe impedita solo dalla presenza di una norma civile che disponesse una diversa conseguenza. Ma quella norma, si nota, non è più l'art. 1448 c.c. che continua a discorrere di approfittamento e di stato di bisogno. Anzi, l'art. 644 c.p., e la nullità che consegue alla sua violazione, finirebbero per fagocitare il sistema della rescissione per stato di bisogno, presentandosi la seconda come fattispecie (più grave) di certo inclusa nella prima.

Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una tesi che non può essere accolta, e di cui anzi va denunciato il carattere quantomeno fuorviante. Dalla lettura (e non da un'interpretazione) dell'art. 644 c.p. emerge con sufficiente chiarezza come sia necessario perché la sproporzione rilevi (*sub specie usurae*) non solo che l'usurato versi in una condizione di difficoltà economica e finanziaria, ma anche che - date queste condizioni - il carattere illecito della pattuizione risulti «dalle concrete modalità del fatto», formula che non può essere trascurata dall'interprete.

Ancora più fuorviante, poi, è affermare (o, il che è peggio, far intendere), che il nuovo art. 644 c.p., non richiedendo più una condotta di «approfittamento», eliderebbe la necessità di considerare il comportamento dell'usurato nell'interpretazione complessiva da assegnare alla disposizione. In realtà, come si sa, non potendo esistere fattispecie penali connotate in termini oggettivi, sarà

[362] Collegano la nullità alla sproporzione, tentando un raccordo sistematico a dir poco discutibile con le norme dettate in tema di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori e di abuso di dipendenza economica: A. RICCIO, in Lanzillo e Riccio, *La rescissione*, cit., p. 184 ss; B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità,* in Rass. dir. civ., I, 2003 afferma chiaramente come «qualsiasi fattispecie a prestazioni corrispettive, anche diversa dal mutuo, può configurare e dar vita al reato di usura purchè vi siano vantaggi…sproporzionati, e si sia contrattato in presenza di condizioni economiche difficoltose…il principio di proporzionalità diventa strumento di qualificazione del contratto, sì che l'assenza della proporzione consente di qualificare il contratto come usurario». L'a. da ultimo citata richiama a sostegno di tale tesi anche CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale del diritto privato comunitario*, cit., p. 428 ss. Collega la nullità alla connotazione oggettiva della fattispecie, pur senza trarne conseguenze "di sistema" anche QUADRI, *La nuova legge sull'usura,* cit., p. 69.

necessario che l'usuraio abbia agito con dolo, elemento che, secondo i principi che reggono la materia, deve abbracciare tutti gli elementi del fatto di reato[363].

Tenendo a mente queste due – più che mai banali – osservazioni parrebbe ridimensionarsi l'idea per cui l'art. 644 c.p. farebbe assurgere la "proporzionalità" a principio di ordine pubblico[364]. Sarebbe immaginabile del resto un ordinamento che punisse con la reclusione da 2 a 10 la conclusione di contratti squilibrati?

Il discorso fin qui condotto, ovviamente, non dimostra di per sé che il contratto usurario non sia nullo, ma dovrebbe indicare come lo sforzo per affermare la nullità vada orientato su argomenti di diverso tenore.

Un'altra tesi[365], confrontando in modo forse più corretto l'art. 644 comma 3° c.p. e l'art. 1448 c.c. ha osservato come l'unica area in cui potrebbe dirsi integrato il reato di usura, ma non la fattispecie rescissoria, sarebbe data dal caso in cui il contratto presenti una lesione *infra dimidium.* Il concetto di approfittamento, difatti, è senz'altro incluso nel dolo richiesto in sede penale, quello di bisogno è

[363]Circa il dolo richiesto nel delitto di usura, in realtà si rinviene qualche oscillazione nella giurisprudenza penalistica. Per lo più ad oggi il dolo si viene a configurare come generico, si v. a tale proposito Cass. pen., sez. II, 07.05.2014, n. 18778 «In tema di cd. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) il dolo generico, oltre alla coscienza e volontà di concludere un contratto sinallagmatico con interessi, vantaggi o compensi usurari, include anche la consapevolezza della condizione di difficoltà economica o finanziaria del soggetto passivo e la sproporzione degli interessi, vantaggi o compensi pattuiti rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione». La sent. cit., tra l'altro, viene comunemente indicata come la prima pronuncia della Cass. penale relativamente alla c.d. usurarietà in concreto. A nostro avviso il fatto che essa sia intervenuta a diciotto anni di distanza dall'entrata in vigore della novella, dovrebbe indurre a non dare soverchia importanza sistematica al comma 3° dell'art. 644 c.p. Va comunque segnalato come nel passato altre sentt. avessero richiesto la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo specifico, dovendo l'usurato aver agito anche col fine di trarre profitto dallo stato di bisogno. Sul tema si v. VITUCCI, *La rescissione*, cit., p. 459.

[364] BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ*., I, 2001, p. 550 s. osserva come: «Avrebbe scarso senso…distinguere tra clausole usurarie *ex lege* e clausole accertate come usurarie dal giudice se il criterio di valutazione fosse sempre e comunque la sproporzione in sé tra le prestazioni. Non a caso, la seconda categoria di clausole usurarie - a differenza della prima- è contraddistinta da una fattispecie complessa in cui detta sproporzione si combina con l'accertamento delle "condizioni di difficoltà economica e finanziaria"; e simili condizioni inducono a ritenere che alla base vi sia sempre *ex altera parte* un abuso, o quanto meno un elemento soggettivo più intenso e specifico rispetto al dolo generico»

[365] Cfr. specialmente OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale,* cit. p. 544 ss. Sui rapporti tra stato di bisogno e condizioni di difficoltà economica e finanziaria si v. anche QUADRI, *La nuova legge sull'usura,* cit., p. 6; PASSAGNOLI, *I contratti usurari*, cit., p. 50. Anche in tal caso una compiuta analisi, anche giurisprudenziale, del tema si rinviene in COLAVINCENZO, *Nullità e rescindibilità*, cit., p. 100 ss.

venuto assimilandosi, nell'interpretazione corrente, proprio alle difficoltà economiche o finanziarie (e, in parte della dottrina, ad un concetto addirittura più ampio)[366].

Se non che non è facile stabilire quale sia la sorte di questo ridotto gruppo di fattispecie.

Escludere la nullità non permette di evitare il paradosso, evidenziato in più occasioni dalla dottrina[367], di ritenere valido il contratto integrante gli estremi del reato, così da permettere all'usuraio di esigere il proprio credito. D'altro canto, però, non pare molto più sensato affermare la nullità del contratto lì dove la lesione sia *infra dimidium*, e la sua rescindibilità nella ipotesi della più grave lesione *ultra dimidium*. L'unico modo per evitare questo doppio paradosso, allora, è parso a buona parte della dottrina quello di ritenere il contratto usurario sempre nullo, con tacita abrogazione dell'istituto della rescissione per lesione (o, quantomeno, con riduzione pressoché totale del suo ambito applicativo)[368]. Va soggiunto, poi, come sulla scorta dell'insegnamento più autorevole, tale nullità venga a configurarsi come di protezione, predicandosene la legittimazione relativa, e la sua eventuale parziarietà[369].

Se non che viene da chiedersi come si giustifichi (al di là dall'esigenza "pratica" segnalata innanzi) questa forma di nullità, considerando che non pare esito

[366] Si v. ancora Cass. pen., sez. II, 07.05.2014, n. 18778 «In tema di c.d. usura in concreto (art. 644 c.p., commi 1 e 3, seconda parte) la "condizione di difficoltà economica" della vittima consiste in una carenza, anche solo momentanea, di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana; la "condizione di difficoltà finanziaria" investe, invece, più in generale l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni».

[367] In particolare, in tal senso OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale,* cit. p. 542 ss. Osserviamo però da subito come altrettanto paradossale sembra l'idea che, dichiarata la nullità del contratto, l'usurato debba restituire all'usuraio la somma (o il bene) ricevuti, specie poi in un sistema ove non opera la sinallagmaticità nelle restituzioni, il che mette fuori gioco l'art. 1460 c.c. L'art. 1815 c.c., stabilendo una nullità parziale, evita quest'inconveniente è vero, ma non sembra che la logica che lo sorregge sia (praticamente) applicabile anche all'usura reale.

[368] OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale*, cit., p. 544 ss., il quale soggiunge come «non sembra che vi sia più spazio per l'applicazione dell'art. 1448 c.c. e meno che mai per l'applicazione della prescrizione breve ex art. 1449 c.c., norme superate dal nuovo art. 644 c.p. che assorbe e aggrava, anche nel riflesso civilistico la rilevanza negativa della sproporzione». Sulla stessa linea anche VITUCCI, *La rescissione*, cit., p. 463 e QUADRI, *La nuova legge sull'usura,* cit., p. 69.

[369] OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale*, cit., p. 544 s., il quale sembra però escludere che la nullità possa effettivamente essere parziale nel caso di usura reale.

di un'applicazione rigorosa del criterio della «direzione del divieto»[370]. Anche alla luce della nuova formulazione dell'art. 644 c.p., come si è detto, per il caso dell'usura in concreto ad essere vietato non sembra essere tanto il contratto - quanto a contenuto o motivo comune illecito che ha condotto le parti alla stipula- ma il comportamento dell'usuraio. A tal proposito una dottrina- va detto, molto attenta a salvaguardare l'equilibrio tracciato dalla legge in materia di regole di validità - ha difeso la tesi della nullità rilevando come «la riprovazione dell'ordinamento…concerne comunque…il regolamento contrattuale *come tale* (e non solo il comportamento di approfittamento di un contraente), *il che deriva* dal fatto che anche in questo caso deve presumibilmente ritenersi che l'interesse tutelato non sia (solo) l'interesse individuale del contraente debole, ma sia anche (e soprattutto) *l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato del credito*»[371].

La nullità si riallaccia, dunque, alla lesione di un valore preminente, riconducibile all'ordine pubblico economico, non essendo anche in questo caso la protezione del contrente debole un fine in sé (ordine pubblico di direzione, quindi, e non di protezione). Il ragionamento, è evidente, ricorda senz'altro il modo con cui la dottrina giustifica (a posteriori) la nullità (testuale) sancita dall'art. 33 c. cons. in materia di clausole vessatorie. Ma può dirsi qui che l'usurato, continuando nel

[370] Criterio, si ricordi, che generalmente si fa risalire allo stesso Oppo. L'A., nello scritto richiamato (*Lo «squilibrio» contrattuale*, cit., p. 542), prende esplicitamente in considerazione la possibilità che nell'usura la direzione del divieto si orienti verso la condotta dell'usuraio, dimostrando, almeno ci pare, di condividere questa valutazione. Tuttavia, egli si limita ad osservare come: «non è tuttavia ipotizzabile che il precettore o il destinatario della prestazione usuraria sconti la sua pena ma trattenga o addirittura possa pretendere la prestazione sproporzionata». Ma si tratta di una premessa che non convince fino in fondo, o quantomeno che non era stata trascurata dalla dottrina precedente (a prescindere dalle innovazioni introdotte dalla novella del '96). Si v. ad es quanto scriveva REDENTI, *La causa del contratto*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, II, Milano, 1962, p. 89 contrastando la tesi che vedeva nella lesione un'ipotesi di illiceità della causa: «né questo regime [quello degli artt. 1447 ss.]…muta…quando nella contrattazione lesiva ricorrano addirittura gli estremi di un reato. L'approfittare involgerà in quest'ultima ipotesi un dolo penale; lo strozzino andrà in galera, *ma agli effetti del contratto sarà sempre un caso di lesione*» (cors. nostro).

[371] D'AMICO, *Nullità non testuali*, cit., p. 807 (cors. nostro). Va detto, però, come il discorso dell'A. si presenti carico di una certa ambiguità, giacché quattro pagine oltre egli critica con nettezza la tesi espressa da DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 549 ss., tesi, quest'ultima, che pretenderebbe appunto di soppiantare il criterio della c.d. direzione del divieto col diverso criterio della natura di ordine pubblico dell'interesse tutelato dalla norma violata (e che orienta anche l'a. da ultimo citato nel senso della nullità del contratto usurario).

parallelismo, sia reso agente della razionalità del mercato (del credito), e che dunque si imponga la nullità di ogni contratto integrante la fattispecie di cui all'art. 644 c.p.?

Sulla correttezza di questa visione sembra lecito nutrire più di un dubbio. Quando si ha a che fare con norme imperative penali, viene da osservare, non è sempre in gioco un interesse generale? E come si fonda, allora, la distinzione fra norme penali che tutelano interessi generali e norme penali che tutelano interessi individuali? Ma poi, anche se questa distinzione dovesse ritenersi accettabile, perché se ne dovrebbero trarre anche delle conseguenze sul piano della nullità dell'atto? Ed infine, sembra di poter dire, anche se si superasse tale ultima obiezione si tornerebbe in un certo senso al punto di partenza, dovendo ammettere che in fin dei conti aveva ragione la giurisprudenza quando affermava che il contratto usurario reca una causa contraria all'ordine pubblico o al buon costume[372].

Restano valide, allora, tutte le obiezioni già formulate nei confronti del suddetto orientamento. Se il criterio orientativo da seguire è quello della direzione del divieto, e non si vedono ragioni per discostarsene, bisognerà continuare ad affermare che il contratto usurario non è nullo.

Allo stato, tuttavia, questa tesi sembra diventata prevalente, ciò fermo restando che parte degli studiosi non giudica, comunque, paradossale che ad una illiceità (non del contratto, ma della condotta di un contraente) in sede penale possa anche non corrispondere una fattispecie invalidatoria, potendo la tutela dell'usurato riposare anche e solo nel risarcimento del danno[373].

---

[372] Chi scrive non vede, difatti, significative differenze tra il modo con cui la dottrina attualmente giustifica la nullità del contratto usurario e le tesi già fatte proprie dalla giurisprudenza al riguardo. Né, dunque, si comprende come la riforma dell'art. 644 c.p. abbia potuto comportare un così consistente cambiamento nella visione delle conseguenze civilistiche dell'usura. La fattispecie dell'usura in concreto, come detto, non è connotata in termini poi così spiccatamente oggettivi (anche alla luce del richiamo alle concrete modalità del fatto). Né si dovrebbe supporre che precedentemente al 1996 non fosse intenzione del legislatore combattere l'usura come problema sociale.

[373] Per questa posizione si v. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, p. 269 ss.. Quest'ultima invita peraltro a considerare che a seconda delle concrete modalità del fatto il reato di usura potrebbe anche essere civilmente sanzionato con l'annullamento (per dolo o per violenza), ma certo bisognerà che l'usuraio abbia agito per mezzo di raggiri o minacce; GENTILI, *I contratti usurari: tipologia e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001, p. 373, e si noti come l'a. da ultimo citato si prodighi a lungo nel convincere che l'intervento legislativo in materia sia da ricondurre all'alveo non solo dell'ordine pubblico di direzione, ma all'ordine pubblico *tout court* essendo fra

Rimane questa, a nostro avviso, la tesi più convincente. Affermare, difatti, che il contratto che manifesta una lesione *infra dimidium* debba per forza di cose rivelarsi invalido sul piano civile, è frutto sostanzialmente di una petizione di principio[374]. Non esiste, difatti, nessuna regola giuridica né logica che imponga che ad una sanzione in campo penale debba seguire, quasi per necessità, una qualche forma di invalidità contrattuale[375]. Lo testimonia, d'altra parte, l'art. 1440 c.c., norma di cui nessuno ha mai sancito l'inoperatività alla luce dell'esistenza del reato di truffa.

Quando, poi, alle esigenze pratiche che l'orientamento della nullità permetterebbe di soddisfare, può ulteriormente osservarsi: l'art. 1815 c.c. pone una nullità parziale della clausola recante interessi usurari, trasformando il mutuo da oneroso a gratuito. Il contratto rimane valido per il resto, ed il mutuatario avrà una pretesa restitutoria relativamente a quanto già versato. Se ciò è vero, rispetto a tale forma di tutela, la sanzione risarcitoria non sembra essere un *minus*[376].

Comunque la si veda, in ogni caso, due coordinate possono trarsi dalla novellata disciplina dell'usura: una conferma sul piano dell'ottica procedurale da cui riguardare i fenomeni di abuso in danno della parte debole del rapporto contrattuale, non essendovi comunque indici normativi da cui si possa far discendere la nullità del contratto sulla scorta della mera non proprorzionalità fra le prestazioni; ed una significativa novità, data dall'impossibilità di affermare l'irrilevanza della c.d. lesione *infra dimidium* (al ricorrere degli altri presupposti soggettivi), dovendo apprestare comunque l'ordinamento una forma di tutela (ma

gli obiettivi della legge quello di contrastare l'attività della criminalità nel mercato del credito. Eppure, come sembra corretto, egli conclude per la validità del patto integrante gli estremi dell'usura in concreto (ferma la sanzione risarcitoria).

[374] In particolare sembra condivisibile l'affermazione di COLAVINCENZO, *Nullità e rescindibilità*, cit.,p. 97: «il ragionamento…realizza un'evidente tautologia: si ritiene cioè che la nullità sia conseguenza ineluttabile di ogni violazione del divieto penale…all'interprete resta ancora da chiedersi come mai la sproporzione *infra dimidium* richieda, al di là del disvalore manifestato dalla punibilità, la nullità assoluta dell'operazione contrattuale».

[375] Questa obiezione viene posta anche da D'AMICO, *Nullità non testuali*, cit., p. 807.

[376] Come osserva MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, cit., p. 40, la nullità (totale) del contratto non è sempre strumento che agevoli la parte debole del rapporto contrattuale, ben potendo la stessa risolversi a suo danno (si pensi al caso dell'usurato che, dichiarata la nullità del contratto, dovesse vedersi costretto a restituire la somma o il bene ricevuto e a chiedere a sua volta la ripetizione degli interessi versati in eccesso).

non per forza di cose invalidatoria) al ricorrere di una sproporzione non altrimenti qualificata[377].

### 2.2.5. Considerazioni conclusive sulle debolezze tutelate dalla rescissione.

In definitiva può dirsi che il nostro ordinamento: (I) tutela la debolezza consistente in una situazione di difficoltà economica e finanziaria (assimilabile all'*economic distress*) attraverso la disciplina della rescissione per lesione, e attraverso la disciplina penalistica dell'usura. Prende in considerazione solo l'ipotesi in cui, a causa di tale situazione, il contraente si sia vincolato ad un assetto d'interessi sproporzionato a suo danno. A seconda della tecnica di tutela che si ritenga di dover ritenere operativa nel caso di specie potrà affermarsi: la nullità del contratto; la sua rescindibilità ove la lesione sia *ultra dimidium* ed il risarcimento del danno nel caso in cui si mantenga *infra dimidium*; (II) tutela il bisogno nascente da un pericolo di evitare un danno grave alla persona attraverso la rescissione, tutte le volte in cui il contratto presenti condizioni inique.

Se si crede che la disciplina della rescissione per lesione sia poi in grado di prestarsi ad interpretazioni estensive si potrà anche affermare che: (III) lo stato di bisogno possa coincidere con l'esigenza inevitabile di soddisfare interessi di natura morale o affettiva, al fine di evitare un pregiudizio. Il che consentirebbe alla rescissione di operare anche lì dove il contratto sia concluso in ragione della dipendenza psicologica che lega i contrenti. Rimarrebbe in tal caso, però, l'invalicabile limite della necessità di una lesione *ultra dimidium*.

[377]Va dato conto per completezza anche di una interessante tesi (G.E. NAPOLI, *La nuova fisionomia della rescissione*, cit., p. 267) secondo la quale alla luce della novella che hai inciso sull'art. 644 c.p. dovrebbe procedersi ad una "riscrittura" parziale dell'art. 1448 c.c., che oggi reciterebbe: «*se fra la prestazione di una parte e quella dell'altra vi è sproporzione dipesa dalle condizioni di difficoltà economica o finanziaria oppure dallo stato di bisogno di una parte, di cui l'altra parte abbia approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto per lesione*».

### 2.2.6. L'incapacità naturale e le debolezze intellettive. Gli incerti confini della figura.

Si rinviene, in dottrina, l'affermazione per cui nel nostro ordinamento un qualche frammento dell'*unfair exploitation* sarebbe disseminato anche nella disciplina normativa dell'incapacità naturale. Figura, quest'ultima, di cui sarebbero ormai al punto dilatati i confini, da poter ricomprendere in sé qualsiasi ‹‹perturbamento psicologico›› che produca una diminuzione delle facoltà intellettive di un soggetto, e dunque senz'altro anche ignoranza, inesperienza, imprudenza, imperizia e mancanza di abilità a trattare. Se si aggiunge, poi, che condizione di rilevanza di tali stati sono nell'una un ‹‹ingiusto profitto od un vantaggio iniquo›› tratto dalla parte "forte" dalla stipulazione del contratto, mentre l'art. 428 c.c. fa menzione di un ‹‹pregiudizio›› arrecato all'incapace, le ragioni per riallacciare le due fattispecie sembrano ancor più fondate[378].

Pare necessario, in primo luogo, ricercare una nozione di incapacità naturale. In questo senso ci si deve affidare completamente alla dottrina ed alla giurisprudenza, posto che il testo della legge è silente sul punto limitandosi ad affermare le condizioni in presenza delle quali gli atti compiti dall'incapace di intendere o di volere possono essere annullati.[379]

La dottrina è solita riferire il concetto di incapacità all'inettitudine psichica del soggetto a compiere atti che modificano la propria sfera giuridica. Si tratterebbe, si aggiunge, di una perturbazione psichica che toglie al soggetto l'attitudine a giudicare, a conoscere i rapporti fra le cose, e dunque anche il rapporto fra l'atto giuridico compiuto e la sfera dei propri interessi. Incapacità di intendere o di volere,

[378] L'allusione è sempre al saggio di PERFETTI, *La giustizia contrattuale*, cit., 675 s. Va subito chiarito che l'opinione espressa dall'a. può essere anche ritenuta corretta, ma bisogna intendersi sull'uso che si intenda fare dei concetti di inesperienza, imprudenza ecc. Se, come parrebbe far trasparire l'a., si volesse affermare che tali stati di minorazione intellettiva si dovrebbero radicare in uno stato quasi patologico della psiche, ed avere per effetto la mancanza di una volontà cosciente, nessun dubbio, allora, che l'art. 428 c.c. sarebbe invocabile. Ma la sensazione è che la limitazione introdotta sia arbitraria. Si v. anche A. GORGONI, in *Contratto e rimedi* (di G. Vettori), Padova, 2017, p. 538.

[379] SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p.479: «il vizio della volontà indicato dall'art. 428 c.c. è pertanto il vizio più generico ed atipico fra quelli contemplati nel nostro sistema». Si v. anche DEL PRATO, *Le annullabilità,* cit., p. 228 ss.

allora, come incapacità di discernimento, di compiere una seria valutazione dell'atto[380].

Questa nozione porta con sé una prima considerazione. L'incapacità naturale è una condizione che incide sull'intelletto di un soggetto, e dunque solo mediatamente sulla volontà. Si rivela dunque inveritiera la già scarna disciplina legislativa che avrebbe più propriamente dovuto riferirsi alla incapacità di intendere *e* volere. Si tratta di un equivoco già segnalato dalla dottrina più avveduta, la quale ha concluso che per la configurazione della fattispecie di cui all'art. 428 c.c. ‹‹appare indispensabile…una decadenza della sfera intellettiva, accompagnata *o no* da un indebolimento volitivo››[381].

La nozione fornita - incapacità come mancanza di attitudine al discernimento, alla seria valutazione dell'atto - appare tuttavia ancora troppo ampia.

Non si spiega, invero, quale sia il presupposto di fatto da cui detta incapacità debba scaturire. Questo appare davvero il punto cruciale al fine di intendere la reale sostanza (e la funzione) dell'istituto, ma allo stato non si è giunti ad esiti di particolare nettezza, privilegiandosi per lo più un approccio casistico.

L'unico punto fermo pare essere quello per cui l'incapacità non dovrebbe per forza di cose radicarsi un una malattia mentale, non essendo necessario che

[380] In questi termini PIETROBON, voce *Incapacità naturale*, in *Enc. giur*, Roma, 1989, p. 4; ID, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, in *Contr. e impr*., 1987, p. 759 ss. Va ricordato, peraltro, l'A. abbia elaborato un pensiero per cui, in ossequio al principio della volontà, l'art. 428 c.c. farebbe riferimento esclusivamente ad una forma di incapacità naturale relativa, tale cioè di non privare del tutto il soggetto della possibilità di manifestare una volontà (sia pur viziata), mentre all'area della nullità andrebbe relegata senz'altro l'incapacità c.d. assoluta, riscontrabile ogni qual volta il soggetto sia affetto da condizioni tali per cui risulti privato anche della stessa possibilità di manifestare una volontà riconoscibile sul piano giuridico: «occorrerà distinguere tra un'incapacità di intendere o di volere che impedisce il consenso e una diversa incapacità, che quel consenso, senza impedirlo, vizia» (*op.ult.cit*., p. 766).

[381] FORCHIELLI, *Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*, nel *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988; anche PIETROBON, voce *Incapacità naturale,* cit., p. 4 osserva che la causa dell'incapacità sarà sempre «un evento psichico, che si riferisce all'intelletto», ugualmente ID, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, cit., p. 769 ss., l'a. dopo aver ammesso che normalmente l'incapacità di volere presuppone quella di intendere, formula delle ipotesi in cui potrebbe dirsi mancante solo la prima, ma che a nostro avviso non risultano convincenti. Si tratterebbe del soggetto tossicodipendente, o di quello artereosclerotico che per tale ragione non riesce a tenere a mente ciò che vuole scrivere per il tempo necessario alla redazione delle proprie volontà testamentarie. Pare, difatti, che in ambedue i casi a fare difetto sia l'intelletto, e non solo la volontà.

l'incapace versi in uno stato in infermità tale da giustificare in astratto la misura dell'interdizione[382].

La soglia di inettitudine psichica oltrepassata la quale vi è incapacità non è, dunque, quella dell'infermità. Al di là di ciò non provengono dalla dottrina indicazioni chiare, mantenendosi il discorso ad un livello alquanto generico, che il più delle volte si limita a segnalare gli orientamenti giurisprudenziali formatisi sul punto. È affermazione corrente quella per cui sarebbe da decenni in atto una progressiva espansione del concetto di incapacità, al punto da ricomprendervi stati patologici tali da dar luogo a temporanei e lievi disagi di ordine psichico (es. depressioni o crisi ansiose temporanee), ma anche e semplicemente alterazioni della regolare espressione dell'autonomia privata, non dovuti a stati patologici (es. stati d'ira o di forte stress)[383].

In realtà la prassi giurisprudenziale non sembrerebbe confermare quest'esito. Anche una scorsa dei pronunciamenti della Corte di Cassazione induce ad opinare in tal senso, rinvenendosi massime per lo più tautologiche. Si legge, così, che potrebbe ritenersi incapace naturale chi versi in uno stato di debolezza o di sofferenza psichica, connesso a diverse cause, quale ad es. l'anzianità, ma – si

[382] SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 478 ricorda come incapacità non stia a significare infermità. In questo senso era orientata invece la giurisprudenza più risalente, si v. ad es. Cass. 16 aprile 1958, n. 1258. Per un approfondimento, sul tema, si v. PESCARA, *La tecnica della protezione occasionale nel sistema dell'art. 428 c.c.*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 4, III, Torino, 1982 p. 794 ed anche la nota 30. Da ultimo nella giurisprudenza si v. Cass. civ., sez. II, 30.05.2017, n. 13659: «Ai fini della sussistenza dell'incapacità di intendere e di volere, costituente causa di annullamento del negozio ex art. 428 c.c., non occorre la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente che esse siano menomate, sì da impedire comunque la formazione di una volontà cosciente; la prova di tale condizione non richiede la dimostrazione che il soggetto, al momento di compiere l'atto, versava in uno stato patologico tale da far venir meno, in modo totale e assoluto, le facoltà psichiche, essendo sufficiente accertare che queste erano perturbate al punto da impedirgli una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio e, quindi, il formarsi di una volontà cosciente, e può essere data con ogni mezzo o in base ad indizi e presunzioni, che anche da soli, se del caso, possono essere decisivi per la sua configurabilità, essendo il giudice di merito libero di utilizzare, ai fini del proprio convincimento, anche le prove raccolte in un giudizio intercorso tra le stesse parti o tra altre, secondo una valutazione incensurabile in sede di legittimità, se sorretta da congrue argomentazioni, scevre da vizi logici ed errori di diritto».

[383] SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 478 afferma come «L'incapacità non abbia apparentamenti obbligatori con la patologia medica né con l'alterazione psicologica di competenza del medico». Come si vedrà questa conclusione non sembra del tutto esatta, o quantomeno non riproduce fedelmente gli attuali indirizzi giurisprudenziali. Sulla stessa linea A. GORGONI, in *Contratto e rimedi,* cit., p. 536 ss.

aggiunge – a patto che tale stato sia in grado di compromettere sensibilmente la capacità di valutare e di assumere in modo ponderato decisioni relative alla propria sfera di interessi[384]. Ancora, si dice, l'incapacità potrebbe derivare da alterazioni psichiche generate da stati depressivi e ansiosi, ma a patto che esse incidano sulla formazione di una volontà cosciente[385]. La giurisprudenza arriva a stabilire che l'alterazione delle facoltà intellettive e volitive richiesta potrebbe essere generata da stati non patologici, quali ad esempio gli stati passionali o gli stress acuti, subito aggiungendo, però, che deve risultarne inibita ‹‹la capacità di autodeterminazione del soggetto››[386]. Si afferma, inoltre, come incapace possa essere chi subisce un tracollo economico, ove però ne risulti uno squilibrio mentale[387]

Insomma, si pretende di spiegare l'incapacità tramite concetti non meno indeterminati di cui andrebbe a sua volta delineato il significato (volontà cosciente, capacità di autodeterminazione ecc.). Nel complesso non resta che affermare come il concetto di incapacità naturale sia indefinibile a priori, ma vada valutato caso per caso in relazione alle circostanze concrete, secondo un approccio che non è peraltro avulso dalla concezione di incapacità fatta propria dal codice, considerato che in questo senso induce ad opinare anche l'art. 1389 c.c. (indice di un principio estensibile al di là dell'istituto della rappresentanza)[388].

---

[384] Ad es. Cass. civ. sez. II, 20.12.2016, n.26375

[385] Si v. ad es. in questa direzione Cass. civ, sez. , 08.08.2005 n. 4967: «L'incapacità di intendere e di volere, prevista nell'art. 428 c.c. quale causa d'annullamento del negozio giuridico (art. 1425, comma 2, e 1324 c.c.) e detta anche incapacità naturale, consiste nella transitoria impossibilità di rendersi conto del contenuto e degli effetti dell'atto giuridico che si compie e non può essere data da dispiaceri anche gravi, quale ad esempio la consapevolezza di una malattia propria, o di un prossimo familiare, salvo che essa abbia cagionato una *patologica alterazione mentale*» (cors. nostro).

[386] Tale massima si rinviene ad es. in Cass. civ., sez. II. 13.11.91, n.12117, che riconosce incapace naturale un soggetto di 85 anni, ‹‹in preda a vuoti mentali e disorientamento›› e nell'emblematico Tribunale Novara, 11.05.2010, n.485, il quale dopo aver affermato in linea astratta che ‹‹uno stato di incapacità naturale che è ravvisabile in ogni stato emotivo abnorme suscettibile di dar luogo ad un'alterata formazione della volontà contrattuale›› applica tale principio ad un soggetto che presentava ‹‹un quadro schizofrenico di tipo paranoide, con scompensi caratterizzati da ideazione a contenuto persecutorio ed anomalie comportamentali con evidenti sintomi negativi, quali abulia, anedonia, compromissione delle principali aree di funzionamento, come la cura di sé, le relazioni interpersonali e la capacità lavorativa››.

[387] Cass.civ., 6 ottobre 1978 n. 619.

[388] Per questa conclusione si v. PIETROBON, voce *Incapacità naturale*, cit., p. 4; adesivamente ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 724 s., nonché SACCO*,* in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 479.

In secondo luogo, va constato come nella prassi si richieda, onde siano integrati i presupposti dell'art. 428 c.c., anche qualora non sia medicalmente accertata la presenza di una malattia mentale, quantomeno un'alterazione dello stato psichico del soggetto di una certa serietà, la cui presenza possa essere verificata attraverso un giudizio tecnico[389]. Il fine della giurisprudenza è, va da sé, quello di ‹‹non dilatare a dismisura…la gamma delle ipotesi che possono rientrae[n]e nell'area di rilevanza››[390].

Delineata questa nozione, seppur vaga, di incapacità naturale, pare che possa essere senz'altro contrastata l'opinione dottrinale che nel concetto di incapacità vede trasfondibile un ampio frammento della tutela conferita alla parte (intellettualmente) debole del contratto dalla disciplina dell'*unfair exploitation*, la quale invero non pare riferirsi, all'evidenza, a debolezze intellettive causate da stati patologici o che si collocano poco al di sotto di tale soglia. Quantomeno non è questo il significato che la norma sembra far trasparire, allorquando annovera fra le possibili situazioni vizianti anche la mancanza di abilità a trattare, che non pare dover necessariamente rimontare ad una qualche forma, seppure labile, di inettitudine psichica.

Senz'altro, dunque, può dirsi che nella giurisprudenza il concetto di incapacità non ha assunto il significato di "turbamento psicologico", né quello di debolezza intellettiva. Ma, d'altra parte, pare che una simile valutazione possa essere svolta anche per quanto riguarda la dottrina. Ne dà conferma il periodare dell'Autore che più di altri si è preso carico di compiere l'opzione interpretativa

[389] Si v. ad es. da ultimo Cass. civ., sez. II., sent. 10.05.2017 n. 13659 per la quale ‹‹la prova dell'incapacità di intendere e di volere può essere data con qualsiasi mezzo e non necessariamente a mezzo di una consulenza tecnica; tuttavia, poiché l'incapacità naturale suppone, se non necessariamente una malattia che annulli in modo assoluto le facoltà mentali del soggetto, quanto meno un turbamento psichico tale da menomare grandemente le attitudini volitive ed intellettive dello stesso, è pressoché inevitabile disporre per i relativi accertamenti apposita consulenza tecnica d'ufficio, con funzione anche "percipiente"…››

[390] MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 263. Si consideri ad es. la sentenza (Cass. 26.03.2013, n. 7626) sulla cui autorità PAGLIANTINI, *Ancora sulla saga dei derivati*, cit., p. 834 ritiene di fondare l'idea per cui il l'incapacità sia «divenuta sinonimo di qualsiasi perturbamento psicologico». Nel caso deciso dalla Corte, si trattava di una donna di 90 anni, definitiva di modesta cultura ed in stato di precarietà fisica ed emotiva, che aveva alienato il suo intero patrimonio ad una sorta di santone. Nel corso del giudizio è stato accertato come quest'ultimo la avesse isolata dal suo contesto familiare, impedendole di vedere il figlio e la sorella, e fosse riuscito, con l'aiuto dei propri familiari, ad instillare nella donna la convinzione di possedere capacità mistiche e taumaturgiche.

maggiormente tesa a dilatare i margini di operatività dell'art. 428 c.c., e che pare incappare essa stessa nelle petizioni di principio sopra denunciate. Si afferma, difatti, che l'art. 428 c.c., non contenendo limitazioni di sorta, sia volto a tutelare anche ‹‹l'immaturità, o l'inesperienza anche se dovute a semplici deficit culturali o di esperienze di vita››[391], formulando, così, una norma dal sapore generale, capace di rendere oggetto d'impugnativa tutti gli atti non adeguatamente ponderati. Tutto ciò salvo poi affermare che anche tale "nuovo" concetto d'incapacità deve pur sempre dirsi integrabile ove i suoi fattori causativi superino ‹‹la soglia dell'anormalità››. Ma con quest'affermazione, ovviamente, il ragionamento rischia di assumere una certa circolarità: la soglia dell'anormalità di cui discorre l'autore, non potrebbe essere, in definitiva, proprio l'incapacità? E se non questa, che cosa?[392].

In definitiva, seguendo questa dottrina e provando a ricavare ciò che nel ragionamento svolto resta implicito, le debolezze intellettive quali quelle che si stanno esaminando (inesperienza, mancanza di abilità a trattare ecc.) potrebbero essere astrattamente distribuibili su tre aree distinte: I) la prima è quella della incapacità vera e propria, quale concetto che fa riferimento ad uno stato patologico o medicalmente accertabile, e che rientra in pieno nella previsione dell'art. 428 c.c.; II) la seconda area è quella della debolezza intellettiva che supera la soglia di anormalità, che non coincide con l'area menzionata al punto I), ma che merita lo stesso trattamento normativo; III) la terza area è quella delle debolezze intellettive che non superano la soglia dell'anormalità, e che dunque non vengono in alcun modo in rilievo quando si discorre di incapacità.

[391] SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 479.

[392] SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 485 I dubbi aumentano quando, poi, analizzando gli altri requisiti posti dall'art. 428 c.c. ed in particolare quello della mala fede del contraente non incapace si afferma, con apparente coerenza, che tale stato soggettivo è integrato ogni qual volta egli abbia ‹‹la conoscenza di sfruttare l'inesperienza o un'emozione momentanea e passeggera della controparte››, salvo poi precisare: ‹‹l'inesperienza non è configurata dal nostro codice come un vizio: ma quando il promittente sia incapace, la falsa supposizione dello stipulante, che la promessa sia dovuta ad inesperienza, e non ad un più grave vizio della coscienza o della volontà, costituisce mala fede›› Pare, dunque, si arrivi al paradosso di affermare che esistono degli stati soggettivi di alterazione della coscienza e della volontà che ad un tempo già costituiscono incapacità, ma rilevano a patto che il contraente sia incapace (cioè affetto, si ripete, ‹‹da un più grave vizio››). Non vi è paradosso, riteniamo, ma soltanto una certa ambiguità. Si sovrappone al concetto di incapacità, l'ambito applicativo dell'art. 428 c.c.

Una conferma - assieme a qualche altra indicazione utile a delineare l'esatta portata della regola dell'art. 428 c.c. - deriva da un'analisi degli altri requisiti richiamati dalla disposizione in parola.

### 2.2.7. Mala fede e pregiudizio nell'art. 428 c.c. L'incapacità naturale come fattore *ostativo* alla libera manifestazione del consenso.

L'art. 428 c.c. consente al contraente incapace l'impugnativa del contratto a patto che la propria controparte fosse in mala fede al momento della stipulazione. Mala fede che, afferma chiaramente la norma, può essere desunta dal ‹‹pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere e di volere›› o dalla ‹‹qualità del contratto o altrimenti››.

Notoriamente la dottrina si divide sull'interpretazione della disposizione, essendovi chi, sulla scorta di un'interpretazione letterale della norma, ritiene che il pregiudizio non sia requisito per l'annullamento ma solo indice da cui desumere, eventualmente, la mala fede dell'altro contraente, e chi, invece, opina diversamente ritenendo che il comma 1° dell'art. 428 c.c., ponga il grave pregiudizio come requisito di tutti gli atti, ivi compresi quelli bilaterali[393].

Dal canto suo la giurisprudenza è orientata decisamente nel primo senso, essendosi oramai stabilizzata nell'affermare come ai fini dell'annullamento del contratto siano necessari due soli requisiti, ossia l'incapacità e la mala fede dell'altro contraente, consistente nella conoscenza di detto stato di incapacità, e solo eventualmente desumibile dal pregiudizio che il contratto abbia arrecato all'incapace. Va precisato, peraltro, come l'individuazione di tali due requisiti

[393] Ed è questo secondo orientamento a trovare maggior sostegno nella dottrina: PIETROBON, voce *Incapacità naturale*, cit., p. 5 s. il quale osserva come, stabilito che il grave pregiudizio debba essere previsto per gli atti unilaterali, l'ordinamento non presenterebbe nessuna coerenza se allo stesso modo non provvedesse per il caso dei contratti. Sulla stessa linea sembra anche ROPPO*, Il contratto*, cit., p. 38 s. Va tuttavia ricordato come PIETROBON (contrariamente alla maggioranza della dottrina e senz'altro alla giurisprudenza) riconduca all'alveo della nullità i contratti conclusi da chi versi in stato di più grave incapacità (assoluta), per la quale non pare richiedere la presenza di un pregiudizio. Sì che il pensiero dell'a. va "calibrato" tenendo conto del suo complessivo svilupparsi. Per una sintesi delle varie posizioni dottrinali si v. anche più di recente A. GORGONI, in *Contratto e rimedi,* cit., p. 539 ss.

debba avvenire in modo diacronico, nel senso che essi debbono essere apprezzati individualmente, non potendo, ad es., da un patente stato di incapacità farsi derivare senz'altro la mala fede altrui[394].

La dottrina sembra invece orientata per l'opposta soluzione, richiedendo - come detto - la presenza di un pregiudizio. Anche su questo versante si registra un'evoluzione nell'interpretazione della norma. Mentre dalla dottrina tradizionale il pregiudizio è spesso stato letto come sinonimo di lesione – e conseguentemente si è avvicinato l'art. 428 c.c. alla logica rescissoria[395] - negli sviluppi della dottrina più recente, si afferma che il pregiudizio di cui all'art. 428 c.c. sia sinonimo di mancata rispondenza del contratto all'interesse – patrimoniale e non patrimoniale – dell'incapace. Il che, almeno in parte, conduce ad un riavvicinamento delle due opposte posizioni di cui si è dato conto[396].

Le differenti visioni esposte sulla necessità che sussista un pregiudizio, quale coelemento perfezionativo della fattispecie di cui all'art. 428 c.c., hanno le loro logiche conseguenze anche sul modo d'intendere il requisito della mala fede in capo alla parte "libera" del contratto. Requisito che generalmente viene riportato alla nozione di buona fede oggettiva, essendo criterio posto a tutela dell'affidamento, in modo non dissimile a quanto accade con la regola di riconoscibilità in tema di errore e di conoscenza a proposito del dolo del terzo.

---

[394] In questo senso, fra le molte sentenze reperibili si v. ad es. Cass.civ. sez. I, 06.08.1990, n.7914 e Cass. civ., sez. II, 26.02.2009, n.4677: «Ai fini dell'annullamento del contratto per incapacità di intendere e di volere, ai sensi dell'art. 428, comma 2, c.c., non è richiesta, a differenza dell'ipotesi del comma 1, la sussistenza di un grave pregiudizio, che, invece, costituisce indizio rivelatore dell'essenziale requisito della mala fede dell'altro contraente; quest' ultima risulta o dal pregiudizio anche solo potenziale, derivato all'incapace, o dalla natura e qualità del contratto, e consiste nella consapevolezza che l'altro contraente abbia avuto della menomazione della sfera intellettiva o volitiva del contraente».

[395] PIETROBON, voce *Incapacità naturale,* cit., p. 6, e soprattutto P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 56 ss., ove l'analogia con la rescissione porta anche l'A. a sostenere l'applicabilità dell'art. 1450 c.c. agli atti compiuti dall'incapace. Si v. anche A. GORGONI, in *Contratto e rimedi,* cit., p. 540, ed ivi la nota 654.

[396] Si vedano A. GORGONI, in *Contratto e rimedi,* cit., p. 543 e SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 484 ss. lì dove i rapporti tra mala fede e pregiudizio sono ricostruiti in modo assai sottile, ragionando rispettivamente sulle differenze intercorrenti fra pregiudizio e lesione, nonché fra mala fede e conoscenza dell'altrui stato di incapacità. PIETROBON, voce *Incapacità naturale,* cit., p. 6, invece, discorre di rilevanza del solo pregiudizio patrimoniale. Nella giurisprudenza si è affermata la rilevanza anche del pregiudizio non patrimoniale (da cui trarre la mala fede), cfr. Cass. 1990, n. 10577.

Chiaramente, ove si reputi che il pregiudizio costituisca solo indice rivelatore della mala fede, si riterrà quest'ultima presente ogni qual volta risulti provato, anche ‹‹altrimenti››, che il contraente era a conoscenza dello stato d'incapacità altrui. Diversamente il requisito della mala fede si farà assurgere ad una dimensione diversa, finendo per essere assimilabile all'idea di approfittamento, dovendo tale stato soggettivo riguardare anche il pregiudizio arrecato all'incapace[397].

Come si vede, allora, può certamente dirsi che nella prassi giurisprudenziale il concetto di mala fede sia inteso in modo particolarmente ampio, finendo per coincidere, sostanzialmente, con uno stato soggettivo di conoscenza dell'altrui condizione di incapacità.

Va da sé che questa maggiore severità nell'intendere il requisito in parola si spiega tenendo a mente il concetto stesso di incapacità adottato nella prassi, che allude ad una condizione – ripetesi – se non di vero e proprio stato d'infermità, quantomeno di anomalia psichica medicalmente accertabile. La fattispecie di cui all'art. 428 c.c., dunque, trova il proprio fulcro e la propria ragione giustificativa, propriamente, nella esigenza di tutela dei soggetti che presentino gravi anomalie cognitive, le quali rilevano, allora, purché semplicemente conosciute. Nella giurisprudenza, si può ritenere, vive un concetto di incapacità, invero piuttosto conforme alla tradizione, che individua in tale condizione una ragione *in sè* viziante, se non ostativa di una libera manifestazione del consenso. Ma se così è, sembra ragionevole, appunto, non subordinare l'annullamento al requisito del pregiudizio[398].

La dottrina che ha promosso un ampliamento della nozione di incapacità (o forse, per meglio dire, dell'ambito di applicazione dell'art. 428 c.c.) ha al contempo sottolineato la necessità che tale stato di minorazione sia non solo conosciuto, bensì sfruttato dalla controparte onde trarne un profitto. Si tratta di una valutazione, evidentemente, mossa da due esigenze. In primo luogo dalla consapevolezza di non poter dilatare a dismisura l'area di rilevanza dell'azione di annullamento, onde non

[397] Su questa linea PIETROBON, voce *Incapacità naturale*, cit., p. 6. Ove si aggiunge come la mala fede vada letta assieme alla lesione, nel senso che sarà mala fede anche la coscienza di arrecare «un'ingiustificata (inspiegabile) lesione»

[398] Così, essenzialmente, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 144.

creare eccessiva instabilità nei contratti. In secondo luogo, ma trattasi di una conseguenza discendente da quanto ora detto, la necessità che i soggetti cognitivamente deboli non siano "isolati" dalle contrattazioni, cosa che accadrebbe ove – tenendo ferma l'idea di mala fede come conoscenza, e non richiedendosi il requisito del pregiudizio - si parificasse del tutto il concetto di incapacità con quello di debolezza nell'intendere (per ignoranza, mancanza di esperienza, abilità ecc.).

Insomma, tentando di dilatare il campo di applicazione dell'art. 428 c.c., sembra in realtà che si tenti di cambiare la natura della norma ed il suo interesse protetto.

Accogliendo una nozione ristretta di incapacità, l'annullamento si fa discendere da questa, non essendo ritenuto, in ogni caso, il contratto rispondente all'interesse dell'incapace essendo a questi preclusa, per definizione, la comprensione degli effetti dell'atto compiuto sul proprio patrimonio giuridico. Tutto ciò col limite - dato dalla necessità di tutelare l'affidamento dell'altro contraente - della altrui buona fede (i.e. non conoscenza dell'incapacità).

Accogliendo, invece, una nozione ampia, si finisce - nemmeno più di tanto implicitamente - con l'affermare che la *ratio* dell'art. 428 c.c. riposi nel divieto di abusare (approfittare traendone vantaggio) dall'altrui stato di alterata (ma oltre la soglia dell'anormalità) capacità dell'intendere (per ignoranza, non esperienza, inabilità a trattare ecc.)[399]. Ritorna, dunque, la figura del divieto di abuso delle circostanze.

L'affermazione per cui gli stati di debolezza intellettiva quali l'ignoranza, l'inesperienza, l'imprudenza, l'imperizia o la mancanza di abilità a trattare sarebbero già inclusi nel concetto di incapacità naturale si rivela inveritiera, o, comunque, tutta da dimostrare. Così è guardando alla giurisprudenza, la quale adotta una concezione di incapacità ristretta idonea ad includere, in realtà, alterazioni delle facoltà cognitive assai serie e "patologiche". Ma così è anche guardando alla dottrina, essendo evidente - e lo si è già messo in luce – come chi ha auspicato un ampliamento del raggio operativo dell'art. 428 c.c. abbia comunque

[399] Questo è quello che si trae da SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 484 ss., ma anche da CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, cit., p. 47 ss., 99 ss.

distinto (in modo più o meno esplicito) l'area della vera e propria incapacità, da quella dell'abuso dell'altrui stato di minorazione intellettiva, proponendone un'assimilazione anzitutto da un punto di vista del rimedio applicabile.

Ad avviso di chi scrive un ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 428 c.c. sarebbe auspicabile, ma a patto da individuare con sufficiente nettezza - seguendo il solco tracciato da Sacco - quale sia la soglia di anormalità superata la quale la minorazione intellettiva diviene sussumibile nel concetto di incapacità naturale[400]. Secondo noi, lo si può anticipare, tale soglia è quella della «deficienza psichica» di cui discorre l'art. 643 c.p. norma a cui va rivolta dunque l'attenzione.

Si vedrà come la giurisprudenza neghi l'assimilazione fra deficienza psichica ed incapacità, ritenendo la prima condizione come assai più lata della seconda, e dunque in grado di affliggere anche soggetti capaci alla luce dell'art. 428 c.c. Si tratta di una tesi che però adotta un concetto di incapacità naturale arbitrariamente ristretto, e che genera, come subito si dirà, numerosi problemi interpretativi.

### 2.2.8. I lineamenti del reato di circonvenzione d'incapace, e la tutela della deficienza psichica.

Quanto si è venuti fin ora dicendo circa l'ancora ristretto ambito applicativo dell'art. 428 c.c. nella prassi giurisprudenziale, trova conferma nel trattamento normativo del contratto concluso con modalità integranti gli estremi del reato di circonvenzione d'incapace.

Com'è noto la norma di cui all'art. 643 c.p. dichiara punibile «chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto, che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri

[400] Il che si ritiene essere necessario proprio in virtù del fatto che l'applicazione dell'art. 428 c.c. esclude di per sé l'applicabilità delle norme dettate in tema di vizi del consenso. Per far discendere l'annullamento da un "mero" abuso, piuttosto che da un raggiro o da una minaccia, dunque, bisognerà individuare con sufficiente nettezza delle condizioni (anomale) in capo alla parte lesa.

dannoso…». Come non si è mancato di notare - e non certo di recente - essa ricorda, nel fraseggio, il §138 del BGB, e dunque non può che richiamare alla mente anche la disciplina dell'*unfair exploitation*[401].

Per quanto di interesse si tratta di comprendere se tale collegamento abbia una qualche ragion d'essere, o se si tratti soltanto di un richiamo che non va al di là della mera assonanza verbale.

A tal fine sarà, dunque, necessario esaminare per sommi capi gli elementi costitutivi del reato in esame, per quanto necessario a comprendere se e quali conseguenze siano capaci di riverberarsi sulla validità del contratto che di esso è esito, tenendo in debito conto anche i risultati cui ormai da tempo è giunta la giurisprudenza di legittimità, considerato che essi costituiscono, di fatto, il modo con cui la norma vive nel nostro ordinamento[402].

Soggetto passivo del reato possono essere, come si vede, tre categorie di soggetti: minori, infermi, deficienti psichici. Soffermandosi sulle ultime due categorie va osservato come per infermi s'intendano, anche in quest'ambito, coloro i quali sono privi della capacità d'intendere e di volere a cagione di una malattia che colpisca la sfera psichica. Delineare gli esatti confini della nozione di infermità, in ogni caso, non costituisce più interesse della dottrina penalistica, considerando che essa è stata ritenuta una mera *species* del più ampio *genus*, accolto proprio dal codice del 1930, di deficienza psichica[403].

---

[401] Ad es. v. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 127: «in questa zona intermedia tra la teoria dei vizi e il campo della lesione *de iure condito* si deve accennare anche alla nullità del contratto concluso in seguito a *circonvenzione di persone incapaci*. La disposizione del citato cpv. del § 138 del BGB…trova riscontro nella incriminazione della circonvenzione di incapaci fatta nell'art. 643 del nostro C. pen. La nullità che indubbiamente ne deriva (per illiceità della causa) del contratto…ci avvicina sensibilmente alla materia dei vizi del volere. Ma diverso ne è il fondamento (tutela degli interessi di un debole, e non garanzia dei presupposti della volontà libera e cosciente) e ne sono diverse le conseguenze (nullità radicale e non annullabilità). Onde anche questa figura del *negozio sfruttatorio* viene esclusa dalla comprensione della categoria dei vizi del volere». Più di recente MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 263, nota 224.

[402] Al riguardo può vedersi, nella dottrina penalistica, RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. MARINI, voce "Incapaci" *(circonvenzione di)*, *Dig. disc. Pen*., Torino, 1992, in banca dati *online Leggi d'Italia*; SINISCALCO, voce *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Enc. del dir.,* VII, Roma, 1960, in banca dati *online Dejure*.

[403] RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», cit., p. 4; ma si v. anche l'analisi compiuta da G. MARINI, voce "Incapaci" *(circonvenzione di),* paragrafi 9 e 10, ove si analizza a quali condizioni l'abuso dell'inesperienza, dei bisogni e delle passioni può costituire reato ai danni di un maggiore d'età (in sintesi l'a. arriva a includervi i casi in cui l'adulto presenti, a causa di uno

La disposizione dell'art. 643 c.p., allora, ruota attorno a questo concetto, di cui va fornita una nozione. Va osservato, *in limine*, come - sebbene con un linguaggio utilizzato dal Codice penale del 1930 non si direbbe forse oggi *politically correct* - la locuzione alluda semplicemente ad una carenza, ad una inferiorità inerente all'area della psiche, da riferirsi «alle persone appartenenti a quell'ampia zona grigia esistente tra il confine dell'infermità e della piena normalità mentale»[404]. Area cui appartengono, cioè, i soggetti non insufficienti davanti ad ogni esigenza che susciti l'ambiente in cui operino (i.e. inferme), ma la cui capacità «fallisce soltanto in speciali circostanze della vita»[405].

Nel tentativo di precisare la nozione di deficienza psichica[406], la giurisprudenza e la dottrina hanno valorizzato oltre alle caratteristiche intrinseche del soggetto debole, i rapporti che fra quest'ultimo e l'autore del reato s'instaurano[407].

---

stato patologico o non, uno scarto fra età fisica e psichica, dovuto ad es. alla mancata acquisizione, ad onta dell'età, di un sufficiente bagaglio di conoscenze o di esperienze sul piano sociale).

[404] RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», cit., p. 3. Anche per G. MARINI, voce "Incapaci" *(circonvenzione di)*, cit., par. 2 sarebbe stato auspicabile l'utilizzo di una formula più neutra, facente rinvio ad una condizione di minorata difesa psicologica. Ciò fermo restando che l'improprietà del linguaggio del legislatore non preclude all'interprete il trovare una retta interpretazione della disposizione. Si v. nella giurisprudenza ad es. Cassazione penale sez. II, 12.06.2014, n. 28907: «per "infermità psichica" deve intendersi ogni alterazione psichica derivante sia da un vero e proprio processo morboso (quindi catalogabile tra le malattie psichiatriche) sia da una condizione che, sebbene non patologica, menomi le facoltà intellettive o volitive, mentre la "deficienza psichica" è identificabile in un'alterazione dello stato psichico che, sebbene meno grave dell'infermità, è comunque idonea a porre il soggetto passivo in uno stato di minorata capacità in quanto le sue capacità intellettive, volitive o affettive, fanno scemare o diminuire il pensiero critico (vi rientrano, per esempio, l'emarginazione ambientale, la fragilità e la debolezza di carattere). In ogni caso, minimo comune denominatore rinvenibile in entrambe le situazioni consiste nel fatto che, in tanto il reato può essere configurato, in quanto si dimostri l'instaurazione di un rapporto squilibrato fra vittima e agente, nel senso che deve trattarsi di un rapporto in cui l'agente abbia la possibilità di manipolare la volontà della vittima a causa del fatto che costei si trova, per determinate situazioni da verificare caso per caso, in una minorata situazione e, quindi, incapace di opporre alcuna resistenza a causa della mancanza o diminuita capacità critica».

[405] RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», cit., p. 3.

[406] RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», cit., p. 8, arriva ad auspicare - dopo aver preso atto di come il reato graviti attorno ai concetti, definiti vaghi nei contorni e nel contenuto, di deficienza e di abuso di situazione - un intervento legislativo volto a rendere più «tassativamente determinata la norma».

[407] Si v. in particolare le osservazioni di SINISCALCO, voce *Circonvenzione di persone incapaci,* cit., par. 3 e la nota 21, ove si fa riferimento al fatto che già nella *Relazione del Guardasigilli* in seno ai lavori preparatori si fosse giustificata la previsione, accanto all'infermità, della deficienza psichica motivando che «sussistono particolari condizioni psichiche che…rivelano

Si è così chiarito come rientri in tale categoria qualsiasi menomazione della sfera intellettiva, volitiva o affettiva del soggetto passivo, che lo renda facilmente vittima dell'opera di suggestione altrui. Si fanno rientrare così nel concetto delle anomalie psichiche come la depressione, l'euforia morbosa o la presenza di idee deliranti di gelosia o persecuzione, ma anche situazioni di carattere fisico o ambientale, come ad es. l'età avanzata, l'emarginazione ambientale, la fragilità, o la debolezza di temperamento.

Nella giurisprudenza più recente si precisa in modo assai chiaro come lo stato di deficienza psichica sia relativo, ossia vada valutato non in assoluto, ma nella dinamica incube-succube, che s'instaura cioè fra soggetto attivo e passivo del reato. La dottrina penalistica non rinuncia a ricavare una nozione di sintesi che vale a delineare il concetto di incapacità ai sensi dell'art. 643 c.p.: trattasi di una condizione di «minorata difesa psicologica»[408].

Alla luce di queste ultime osservazioni si comprende anche in che cosa consista l'abuso di cui discorre l'art. 643 c.p., concetto che s'accompagna a quello di induzione, ugualmente previsto dalla norma che si prende in esame. Questi elementi (induzione e abuso) alludono al fatto che la condotta del reo deve essere finalizzata alla alterazione del processo di formazione dell'altrui volere, mediante la strumentalizzazione dello stato soggettivo della vittima del reato. Più nel dettaglio, i mezzi dell'induzione devono consistere in un'attività di suggestione, pressione morale, persuasione date da determinare al compimento dell'atto, ma sempre strumentalizzando la condizione di fragilità del soggetto passivo (questo è il senso dell'"abusa…inducendo" di cui parla la norma)[409].

---

nel soggetto uno stato di inferiorità che può essere sfruttato con maggiore facilità, *da chi ne conosce la portata*»; RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», cit., p. 3.

[408] Il richiamo è ancora a MARINI, voce "Incapaci" *(circonvenzione di)*, cit., par. 2

[409] RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», cit., p. 4 s. MARINI, voce "Incapaci" *(circonvenzione di)*, cit., par. 11 precisa tra l'altro come la condotta in parola possa sussistere (e di solito sussista) in un mendacio, o comunque nello sfruttamento di un errore in cui sia incorsa la vittima del reato, pur non essendo necessaria la presenza di artifici o raggiri come nel caso della truffa. Assai lato è il concetto di induzione fatto proprio nella giurisprudenza, si v. ad es. Cass. pen. sez. II, 11.02.2010, n.18158 : «In tema di circonvenzione di persone incapaci (art. 643 c.p.), l'attività di induzione può essere messa in atto attraverso qualsiasi forma di pressione morale idonea a determinare o a rafforzare nel soggetto passivo il consenso al compimento dell'atto giuridico pregiudizievole; anzi, non occorrendo, a tal fine, neppure che la proposta al compimento di tale atto provenga dall'imputato, ricorrendo il reato anche quando quest'ultimo si sia limitato a

Trattandosi di un reato è altresì necessario che gli elementi costitutivi siano "coperti" dall'elemento soggettivo del dolo, essendo necessario che l'agente sia consapevole della situazione di deficienza psichica della vittima, non solo in sé considerata, ma quale «strumento di cui egli si giova per indurre…al compimento dell'atto». Il reo deve altresì rappresentarsi, costituendo parimenti elemento costitutivo del reato, la dannosità dell'atto[410].

Quanto, infine, al bene giuridico tutelato dalla norma va precisato che, ad onta della sua collocazione nell'ambito dei reati contro il patrimonio, la giurisprudenza e la dottrina[411], pressoché unanimemente, convengono nell'individuarlo nella libertà di autodeterminazione della persona, o, come afferma la giurisprudenza più recente con un linguaggio più moderno ma in realtà portatore di un medesimo significato, «la libertà negoziale dei soggetti deboli e svantaggiati»[412].

### 2.2.9. Gli effetti, sul piano civilistico, del reato di cui all'art. 643 c.p. sul contratto concluso dall'incapace e dal soggetto affetto da deficienza psichica.

Aver tratteggiato per sommi capi, come si diceva, le caratteristiche del reato di circonvenzione d'incapace si rivela di grande utilità lì dove si vogliano comprendere gli eventuali effetti che esso produce sul piano civilistico, tutte le volte in cui l'atto giuridico che il soggetto passivo del reato è indotto a compiere consista in un contratto.

---

rafforzare, approfittando delle condizioni del soggetto passivo, una determinazione pregiudizievole dal medesimo già adottata»

[410] MARINI, voce "Incapaci" *(circonvenzione di)*, cit., par. 14; RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», cit., p. 6; SINISCALCO, voce *Circonvenzione di persone incapaci,* cit., par. 7. Si v. nella giurisprudenza ad es. Cassazione penale sez. III, 01.12.2004, n.48537: «Ai fini della configurabilità del delitto di circonvenzione di persona incapace, di cui all'art. 643 c.p., è necessario il dolo specifico di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto di carattere non necessariamente patrimoniale, ed è sufficiente che si ingeneri un pericolo di pregiudizio per il soggetto passivo, atteso che trattasi di reato di pericolo».

[411] Già SINISCALCO, voce *Circonvenzione di persone incapaci,* cit., par. 5; RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», cit., p. 8, il quale indica come finalità della disposizione si riveli la «tutela della sfera di libertà di determinazione della persona»; *contra* MARINI, voce "Incapaci" *(circonvenzione di)*, cit., par. 13, e spec. nota 12, in cui si dà comunque conto dell'opinione della dottrina maggioritaria.

[412] Cass. Civ., sez. III, 20.04.2016 n. 7785

Ci si deve chiedere, segnatamente, se un tale contratto si riveli affetto da una qualche forma d'invalidità, da declinarsi nell'annullabilità o nella nullità.

In dottrina a questo proposito sono state formulate diverse tesi[413].

Secondo la ricostruzione fornita da Sacco, e che si è detto essere in linea di massima condivisibile, il contratto frutto della circonvenzione sarebbe annullabile, risultando *in ogni ipotesi* integrati gli estremi dell'art. 428 c.c. Si osserva a tale proposito come il concetto d'incapacità naturale cui allude quest'ultima norma sarebbe ampio al punto da andare ben oltre quello d'infermità, e dunque capace di comprendere in sé anche le ipotesi di deficienza psichica di cui discorre l'art. 643 c.p.

Ad avviso di chi scrive la tesi è condivisibile, ma il ragionamento dovrebbe essere in un certo senso rovesciato. Non è, cioè, l'ampiezza dell'ambito applicativo dell'art. 428 c.c. a far ritenere che in esso sia inclusa la deficienza psichica di cui all'art. 643 c.p. Semmai è la presenza di tale ultima norma nell'ordinamento che deve essere d'ausilio all'interprete a delineare l'ambito applicativo della prima, la quale è configurata dal legislatore come un vizio atipico dal contenuto non predeterminato[414].

L'art. 428 c.c. non fornisce una nozione di incapacità naturale, ma stabilisce solo a quali condizioni gli atti posti in essere da chi sia incapace possano essere annullati. Diversamente, l'art. 643 c.p. chiarisce come incapaci siano, ai sensi della disposizione, sia gli infermi che i soggetti in stato di deficienza psichica.

Dare per postulato, dunque, che non vi sia coincidenza fra il concetto d'incapacità delineato dalla prima e quello delineato dalla seconda costituisce un esito arbitrario, che, come subito si vedrà, complica inutilmente il rapporto fra le due norme.

---

[413] Per una panoramica generale sul tema si v. D'AMICO, *Nullità non tesuale*, cit., p. 803 ss.; M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto* (diretto da Roppo), IV, Rimedi-1, 2006, p. 49 ss.

[414] SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 477 ss. ed in particolare 479. L'a. in realtà non giunge con nettezza a questa conclusione che pare nondimeno desumibile dalle sue argomentazioni. In linea col suo pensiero, tuttavia, dopo aver compiuto una fine ricostruzione del concetto di incapacità e delineato l'ambito operativo dell'art. 428 c.c ricorda che, in ogni caso, un qualsiasi abuso perpetrato ai danni di un contraente conduce all'invalidità ex artt. 1337 e 2048 c.c. Su quest'ultima considerazione non si ritiene in realtà di poter concordare.

Quanto poi alla posizione della parte non incapace, è facile osservare che, per quanto restrittivamente si voglia interpretare il concetto di mala fede di cui all'art. 428 c.c., i suoi estremi saranno pur sempre integrati di fronte alla condotta del reo, la quale deve sostanziarsi, come si è già detto, nell'indurre (intenzionalmente) l'incapace a compiere un atto di disposizione patrimoniale, abusando del suo stato di minorazione. Il che non toglie, sembra di poter ragionevolmente dire, che la nozione di mala fede possa essere capace di modularsi diversamente a seconda del grado di incapacità che affligge l'altro contraente, dovendo l'"intensità" dei due requisiti muoversi in senso "inversamente proporzionale". Quando, cioè, l'incapacità sia grave, potrà essere mala fede anche la sua sola conoscenza, quando si tratti, invece, di deficienza psichica, la mala fede dovrà consistere anche nell'intenzione di trarre profitto da tale stato, connotandosi come approfittamento (o abuso)[415]. Il che dovrebbe ridurre le preoccupazioni connesse al rischio di dilatare eccessivamente l'ambito di applicazione dell'art. 428 c.c., andando ciò a danno, di riflesso, degli stessi soggetti incapaci.

Non sembra, poi, che si faccia torto a nessuno con questo ampliamento del concetto di incapacità (ampliamento rispetto al concetto giurisprudenziale, e non legale). Non all'incapace, che ha a sua disposizione comunque una tutela demolitoria, né ai terzi, che se in buona fede faranno salvo il loro acquisto.

La tesi che propone di sovrapporre il concetto di incapacità naturale a quello di deficienza psichica, va detto, non trova ampi consensi in dottrina. Ed è questo un segno che manifesta, fra gli altri, come, al di là delle affermazioni di principio che sovente si rinvengono, l'incapacità naturale non si identifichi affatto con qualsiasi perturbamento psicologico, non allontanandosi più di tanto, invece, dalla nozione di infermità.

Il che spiega perché si sia potuto ritenere la condotta integrante gli estremi della circonvenzione dotata della capacità di rifluire sulla validità del contratto

[415] Sono questi, del resto, i concetti che la dottrina americana utilizza per ricostruire i tratti dell'*uncounscionability,* riferendosi al meccanismo della c.d. *sliding scale*. Ma non si tratterebbe certamente di alcun che di nuovo nemmeno per il nostro ordinamento. Si v. ad es. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 831 relativamente alla rescissione, e PIETROBON voce *Incapacità naturale*, cit., p. 6, lì dove afferma (nel contesto della propria interpretazione dell'art. 428 c.c.) come mala fede e grave pregiudizio debbano essere valutati sincronicamente, ricorrendo la prima di per sè innanzi ad una lesione grave ed inspiegabile.

concluso dall'incapace, pur sempre determinandone l'annullabilità, ma ai sensi dell'art. 1439 c.c.[416]

Il richiamo al dolo negoziale, s'intende, appare giustificato, ragionando da un punto di vista esclusivamente logico: a patto che il concetto di incapacità naturale e quello di infermità o deficienza psichica siano da configurarsi - volendo usare una metafora - come due cerchi concentrici il primo più ristretto ed il secondo più ampio. L'art. 428 c.c. sanzionerebbe così i contratti ricadenti nel primo cerchio, e l'art. 1439 c.c., quelli che vi sono esclusi, fornendo tutela ai soggetti deboli in quanto deficienti psichici, ma non civilisticamente incapaci.

L'accoglimento della tesi in esame comporterebbe, comunque, che per rinunciare ad un ampliamento del concetto d'incapacità, si fosse disposti a valutare con maggior larghezza la nozione di dolo, e da un duplice punto di vista.

Bisognerebbe, in primo luogo, ammettere che l'efficacia decettiva del comportamento dell'agente sia da valutarsi in concreto e non già in astratto. Andrebbe affermato, vale a dire, che i raggiri debbano essere idonei ad indurre in errore non già una figura astratta di contraente medio, bensì anche colui il quale, essendo vulnerato nelle proprie capacità intellettive, si collochi al di sotto di tale soglia[417].

Inoltre, e ciò costituisce un esito ben più impegnativo, andrebbe anche sostenuto come, per poter coincidere con il concetto di induzione di cui all'art. 643 c.p., i raggiri di cui all'art. 1439 c.c. possano consistere in un'attività che vada al di là del contegno che, consistendo in una macchinazione o - forse più correttamente - in una messinscena, sia rivolto ad indurre l'altro contraente in errore per il tramite della creazione di una realtà artificiale. La dottrina e la giurisprudenza penalistiche, difatti, sono costanti nell'affermare che possa discorrersi di induzione, senz'altro in presenza di una condotta fatta di raggiri, ma anche di qualsiasi altro contegno, anche

[416] D'AMICO, *Nullità non tesuale*, cit., p. 805 ss., aderendo al pensiero espresso da VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 148 ss., ma si v. anche G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 389.

[417] E difatti si v. D'AMICO, *Nullità non tesuale*, cit., p. 805 sulla necessità che «si abbandonino superate impostazioni che danno ancora rilievo a nozioni come quella di *dolus bonus* e si affermi correttamente la necessità di valutare in concreto l'efficacia decettiva del comportamento dell'agente».

omissivo, che abbia efficacia determinante rispetto alla conclusione del contratto[418]. Sicché, ovviamente seguendo il solco della dottrina tradizionale, il concetto di induzione è vasto al punto da includere in sé le condotte integranti gli estremi del dolo, ma anche della violenza, e - ed è questo lo snodo più rilevante - condotte che non integrano né l'una né l'altra, rivelandosi espressione semmai di pure e semplice mala fede (ed il richiamo è ovviamente all'art. 1337 c.c.)[419].

E proprio sulla scorta di tale consapevolezza, parte della dottrina arriva ad ammettere come esisterà sempre - ripetesi, a voler ritenere non coincidenti i concetti di incapacità naturale e di deficienza psichica - un'area, più o meno ristretta, di contratti integranti il reato di circonvenzione d'incapace ma civilisticamente validi in quanto non sussumibili in alcuno dei tipici vizi del consenso[420]. L'unico rimedio

[418] La tesi che vede nell'annullamento per dolo un rimedio adeguato pare ancorarsi ad una (vecchia e superata) tesi sul concetto d'induzione fatta propria da una parte della dottrina penalistica. Secondo questa tesi, difatti, l'induzione di cui all'art. 643 c.p. sarebbe stata da intendere come induzione *in errore*, per implicito rimando al delitto di truffa (tanto che poi si affermava la punibilità del reo per questo secondo titolo pure lì dove il raggiro sarebbe stato in grado di indurre in errore anche un soggetto capace). Fin dagli anni '60 è però acclarato che l'art. 643 c.p. non richiede una condotta attiva consistente in artifici e raggiri né è richiesto che l'incapace sia fatto cadere in errore (si v. SINISCALCO, voce *Circonvenzione di persone incapaci,* cit., par. 2 e nota 10).

[419] Per un caso in cui l'induzione è stata ritenuta integrare gli estremi della violenza morale si v. Cassazione penale sez. VI, 04.07.2008, n.35528. Ci avvaliamo della stessa sentenza (esprimendo questa un orientamento costante), anche per giustificare l'assunto in base a cui il concetto di induzione è più ampio rispetto a quello di raggiro e di minaccia: «la condotta tipica del reato di cui all'art. 643 c.p. consiste nell'abusare dello stato di minorazione del soggetto passivo e nell'indurre quest'ultimo a compiere un atto che comporti un effetto dannoso, per lui o per altri. La giurisprudenza ha precisato che con il termine "abuso" si intende una condotta di approfittamento ovvero di strumentalizzazione dello stato di debolezza della vittima. Tuttavia, la norma non specifica le modalità di una tale condotta, per cui si ritiene che qualsiasi pressione morale - anche se blanda - possa essere sufficiente ad integrare l'abuso, qualora si riveli idonea allo scopo perseguito, tenuto conto delle condizioni della vittima. D'altra parte, la condotta di induzione deve concretarsi in un'apprezzabile attività di *suggestione* ovvero, ancora, di *pressione morale*, finalizzata a determinare la volontà minorata del soggetto passivo e la stessa giurisprudenza precisa che l'induzione può consistere nell'uso di qualsiasi mezzo idoneo a *determinare o a rafforzare* nel soggetto passivo il consenso al compimento dell'atto dannoso...».

[420]Si v. ad es. Cass. pen. sez. II, 12/06/2015, n.28080: «per la sussistenza dell'elemento dell' "induzione", non è richiesto l'uso di mezzi coattivi o di artifici o raggiri, ma è pur sempre necessaria un'attività apprezzabile di pressione morale, di suggestione o di persuasione, cioè di spinta psicologica…». Come già chiarito ai fini dell'annullabilità, invece, sarebbe necessaria appunto la presenza di un'induzione in errore, e di una minaccia tale da determinare timore. Si è già ricordato come, specie il concetto di minaccia si presti ad essere inteso con larghezza lì dove fra le parti esista un rapporto descrivibile come fra incube e succube, potendo risolversi in qualsiasi attività di pressione, anche indiretta, ma tale da determinare la stipulazione. Così inteso il concetto di minaccia parrebbe potersi dire che l'annullamento che ne consegue si presterebbe a sanzionare un

a disposizione del circonvenuto, in queste ipotesi, resterebbe quello risarcitorio, sempre che, ben inteso, si ammetta l'operatività dell'art. 1337 c.c. anche a fronte della conclusione di un contratto valido[421].

Gli esiti cui giunge la dottrina sono decisamente respinti dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla pronuncia Cass. Civ., sez. III, n. 4824 del 20.09.1979[422], con la quale si è affermato con nettezza come l'art. 643 c.p. appartenga alla categoria delle norme imperative la cui violazione conduce alla nullità (virtuale) del contratto. Trattasi di un orientamento costante e particolarmente consapevole, posto che le pronunce susseguitesi nel corso degli anni danno conto e fronteggiano le numerose critiche mosse dalla dottrina, che in questa materia ha continuato ad applicare in modo rigoroso il criterio della «direzione del divieto» di cui si è dato conto[423].

---

numero cospicuo di casi di circonvenzione. Lo stesso ragionamento potrebbe farsi per il dolo, dato che come ricordato, a fronte di una controparte dotata di scarne capacità cognitive, può dare corpo alla fattispecie di cui all'art. 1439 c.c. anche il più semplice raggiro. Anche accettate queste premesse sembra comunque che vi sarebbe un'area residua che violenza e dolo non si presterebbero a emendare.

[421]D'AMICO, *Nullità non tesuale*, cit., p. 805 e nota 43, più in generale in VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 145 ss. si argomenta come non vi sia alcuna incompatibilità fra illiceità sul piano penale e validità su quello civile. Questa soluzione è sostenuta anche da RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., 21 ss. (ma anche 35 ss. e 212 ss.).

[422]«La disposizione dell'art 643 c. p. rientra fra le norme imperative alla cui violazione, ai sensi del primo comma dell'art 1418 c. c., consegue la sanzione della nullità (cosiddetta nullità virtuale) nonostante la mancanza di una specifica previsione legislativa. Pertanto, il contratto stipulato dall'incapace naturale, in rapporto al quale sia stata pronunciata condanna per il delitto di circonvenzione di persone incapaci, è nullo e non già annullabile ai sensi dell'art 428 c. c.» la si può leggere per esteso in *Giust. Civ*. 1980, I, p. 943, con nota di RAGANELLI, *Circonvenzione di incapace e nullita o annullabilita del contratto* e in *Foro it*., 1980, I, p. 2860, con nota di MOSCHELLA, *La rilevanza civile della circonvenzione di incapaci*).

[423] Per tutti si vedano PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, cit., p. 780: «in linea di massima può dirsi contrario a norme imperative il contratto che si proponga un effetto giuridico o pratico contrario a un divieto. La contrarietà deve riguardare lo scopo per cui l'atto è stato compiuto, non il modo con cui è stato concluso. Né pare che argomento contrario possa ricavarsi dalla norma penale. Se essa vieta la circonvenzione di persone incapaci, se ne potrà ricavare un diritto della persona a non essere raggirata, e quindi la conseguenza che la circonvenzione costituisce illecito civile, fonte di responsabilità (ma sarebbe sufficiente la previsione del dolo vizio del consenso), non che il contratto è nullo…». L'a. sembra, comunque, a sua volta ritenere gli incapaci di cui all'art. 643 c.p., civilisticamente capaci ex art. 428 c.c., altrimenti non pare giustificarsi l'esclusione dell'azione di annullamento in base a tale ultima norma; G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 373 ss. e spec. 379 («nel sistema vigente del codice italiano la *nullità* riguarda sempre il negozio inteso come *regola*», cors. dell'a.). Non sono mancate, comunque, anche voci adesive rispetto all'orientamento suddetto: DI MAJO, *Le nullità*, nel *Trattato Bessone, Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 85; MESSINETTI, *Incapacità di intendere o*

Va chiarito, anzitutto, come la giurisprudenza paia mossa dall'esigenza di sancire in ogni ipotesi l'invalidità del contratto la cui conclusione integra gli estremi del reato in parola, giudicando non accettabile in linea di principio che la violazione di una norma penale non abbia dei riflessi invalidatori sull'atto di autonomia negoziale che ne è l'esito[424].

Tale conclusione si ricava dal fatto che la nullità viene affermata - nemmeno troppo implicitamente, specie nelle pronunce meno recenti - facendo aggio sul fatto che il contratto frutto della circonvenzione non sarebbe sempre annullabile, non corrispondendo alla fattispecie di cui all'art. 428 c.c. E difatti si può leggere nelle massime che «mentre l'art. 428 c.c., richiede l'accertamento di una condizione…di incapacità di intendere e di volere, ai fini dell'art. 643 c.p., è, invece, sufficiente che l'autore dell'atto versi in una situazione soggettiva di fragilità psichica derivante dall'età, dall'insorgenza o dall'aggravamento di una patologia neurologica o psichiatrica anche connessa a tali fattori o dovuta ad anomale dinamiche relazionali che consenta all'altrui opera di suggestione ed induzione di deprivare il personale potere di autodeterminazione, di critica e di giudizio»[425]. Come si diceva, dunque,

*di volere e capacità dispositiva del soggetto,* in *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 1995, p. 30 ss.; GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002, p. 92.

[424]PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, cit., p. 779 nota come «Il problema pare dovuto alla difficoltà ad ammettere che sia valido, o soltanto annullabile, con conseguente prescrizione dell'azione un contratto alla conclusione si sia arrivati violando a tal punto la libertà altrui», e più di recente anche MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, cit., p. 50: «al fondo della decisione traspare l'intento - pur comprensibile - di reagire in modo deciso al comportamento riprovevole del contraente prevaricatore nei confronti di quello menomato». Potremmo aggiungere anche come la giurisprudenza sia spesso mossa dalla necessità di superare il termine di prescrizione quinquennale dell'azione di annullamento, in modo da non precludere l'accesso alla tutela demolitora all'incapace. Resta però il fatto che il nostro sistema tratta la forma di prevaricazione più intensa (la violenza morale) come causa di annullabilità, e dunque queste motivazioni, pur comprensibili in linea di fatto, non sorreggono da sé alcun ragionamento giuridico (così sostanzialmente G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 382 s.).

[425] Così, fra le tante, Cassazione civile, sez. I, 19.05.2016, n. 10329. Si veda in argomento anche Cassazione penale, sez. IV, 30/03/2017, n. 24930: «In tema di circonvenzione di persone incapaci (art. 643 c.p.), il fatto che la legge individui tre categorie di soggetti passivi (il minore, l'infermo psichico e il deficiente psichico), distinguendo quindi tra infermo psichico e deficiente psichico e non considerando necessario che il soggetto passivo si trovi nella condizione per essere interdetto o inabilitato, induce a ritenere che per "infermità psichica" deve intendersi ogni alterazione psichica derivante sia da un vero e proprio processo morboso (quindi catalogabile tra le malattie psichiatriche) sia da una condizione che, sebbene non patologica, menomi le facoltà intellettive o volitive, mentre la "deficienza psichica" e identificabile in un'alterazione dello stato psichico che, sebbene meno grave dell'infermità, è comunque idonea a porre il soggetto passivo in

l'incapacità di cui all'art. 428 c.c. viene vista come un *maius* rispetto a quella dell'art. 643 c.p.[426]

L'esito è allora il seguente: la nullità del contratto viene sancita in quanto la condizione del circonvenuto non è sempre grave al punto da consentirgli accesso al rimedio dell'annullamento. Il che, naturalmente, indurrebbe a concordare con quella dottrina che ha giudicato una tale soluzione aberrante e frutto di un assurdo logico e giuridico, non essendo possibile immaginare di «sostenere…che il contratto concluso da persona gravemente menomata nella sfera intellettiva o volitiva possa essere solo annullabile e quello concluso da persona semplicemente suggestionabile o non particolarmente accorta e preparata sia per contro addirittura nullo»[427].

---

uno stato di minorata capacità in quanto le sue capacità intellettive, volitive o affettive, fanno scemare o diminuire il pensiero critico (vi rientrano, per esempio, l'emarginazione ambientale, la fragilità e la debolezza di carattere). In ogni caso, minimo comune denominatore rinvenibile in entrambe le situazioni consiste nel fatto che, in tanto il reato può essere configurato, in quanto si dimostri l'instaurazione di un rapporto squilibrato fra vittima e agente, nel senso che deve trattarsi di un rapporto in cui l'agente abbia la possibilità di manipolare la volontà della vittima a causa del fatto che costei si trova, per determinate situazioni da verificare caso per caso, in una minorata situazione e, quindi, incapace di opporre alcuna resistenza a causa della mancanza o diminuita capacità critica. Tale situazione di minorata capacità deve essere oggettiva e riconoscibile da parte di tutti in modo che chiunque possa abusarne per raggiungere i suoi fini illeciti».

[426] La diversità fra incapacità e deficienza psichica è ritenuta a tal punto forte che l'accertamento della prima non preclude di poter ritenere presente la seconda. Si v. Cassazione civile sez. II, 20.03.2017, n. 7081: «L'ipotesi di annullamento disciplinata dall'articolo 428 del Cc e la fattispecie di reato prevista dall'articolo 643 del Cp hanno presupposti differenti. A tale punto che *il giudicato formatosi sull'insussistenza dell'incapacità naturale* richiesta per l'annullamento contrattuale ex articolo 428 del Cc *è inopponibile nel giudizio volto a far dichiarare la nullità del medesimo contratto per circonvenzione di incapace*. Mentre, infatti, l'articolo 428 del Cc richiede l'accertamento di una condizione espressamente qualificata di incapacità di intendere e di volere, ai fini dell'articolo 643 del Cp è sufficiente che l'autore dell'atto versi in una situazione soggettiva di fragilità psichica derivante dall'età, dall'insorgenza o dall'aggravamento di una patologia neurologica o psichiatrica anche connessa a tali fattori o dovuta ad anomale dinamiche relazionali che consenta all'altrui opera di suggestione e induzione di deprivare il personale potere di autodeterminazione, di critica e di giudizio».

[427] Così MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*, nota a Cass. Civ., sez. II, 24.10.1994 n. 8948 in *Corr. Giur*. II, 1995, p. 221. In senso adesivo rispetto al pensiero di quest'ultimo anche D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit., p. 805. Sembra aver dunque frainteso la giurisprudenza DEL PRATO, *Le annullabilità,* cit., p. 181, il quale giustifica la scelta della nullità osservando come la fattispecie di cui all'art. 643 c.p. farebbe riferimento alla deficienza psichica come ad «una realtà *compresa* nell'ambito dello stato di incapacità…dell'art. 428 c.c. caratterizzata da una *maggiore* intensità dello stato di menomazione dell'incapace» (cors. nostro).

Trattasi di un'obiezione che la giurisprudenza non pare avere mai trascurato, facendo mostra di propendere per la tesi della nullità anche per altre e diverse ragioni. Si sottolinea, in particolare, come, al di là della condizione della vittima del reato, vada riguardata anche la condotta del reo. A differenza della mala fede di cui all'art. 428 c.c. - che si riduce nella conoscenza o conoscibilità dell'altrui stato di incapacità naturale - l'induzione-abuso di cui discorre l'art. 643 c.p. si manifesta in una condotta più intensa e deprecabile, consistente nello sfruttamento dell'altrui stato di minorazione intellettiva o volitiva (da valutarsi, come si diceva, in modo relativo nell'ambito dell'eventuale dinamica incube-succube). Al maggior disvalore della condotta, dunque, deve corrispondere una maggiore severità della sanzione civile[428].

Dal che sorgono due valutazioni. La prima assume, in realtà, il valore di una mera constatazione sebbene negletta dai più: vale a dire che l'ambito di applicazione dell'art. 428 c.c. si riduce oramai alle fattispecie in cui la mala fede non venga a connotarsi nei termini dell'induzione-abuso sopra descritti. Diversamente il rilievo officioso della nullità del contratto non sarà evitabile[429].

La seconda valutazione attiene al merito dell'orientamento in esame, non risultando comunque gli argomenti della Cassazione fin qui convincenti. Se la nullità fosse giustificata dal ricorrere dell'elemento dell'induzione-abuso, s'intende, risulterebbe arduo comprendere perché non si predichi la nullità anche del contratto esito del delitto di truffa, giacché non parrebbe doversi dire che l'attività ingannatoria fatta di artifici e raggiri di cui discorre l'art. 640 c.p. sia carica di un minore disvalore sociale.

Eppure, in relazione a tale ultimo delitto proprio la giurisprudenza non ha ritenuto di dover superare la tesi per cui l'art. 1418 c.c., alludendo alla nullità del

[428] Il che emerge anche in parte della dottrina, cfr. MESSINETTI, *Incapacità di intendere o di volere e capacità dispositiva del soggetto,* cit., p. 30 ss. Non sembra, però, che la connotazione della condotta del reo in termini di abuso-induzione, debba per forza di cose essere un qualcosa di diverso rispetto alla mala fede di cui all'art. 428 c.c. Il fatto che quest'ultima sia intesa dalla giurisprudenza in termini di conoscenza o conoscibilità dell'altrui incapacità, non toglie, sembra di potersi ragionevolmente dire, che se ne possa richiedere una caratterizzazione in termini più gravi (i.e. abuso), tanto più è lieve l'altrui incapacità.

[429] Si v. Cassazione civile sez. II, 28.04.2017, n.10609. Si realizza, dunque, quel parziale prosciugamento dell'annullabilità paventato da G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 383.

contratto per violazione di una norma imperativa, avrebbe fatto mostra di come tale sanzione debba colpire quegli accordi che siano contrastanti con disposizioni inderogabili dell'ordinamento per l'assetto d'interessi che esprimono, e non certo in quanto esito della condotta illecita di uno solo dei contraenti[430]. In questo caso, va detto, all'applicazione del criterio della direzione del divieto nemmeno potrebbe essere sollevata l'obiezione che viene svolta per il reato di usura (sia pure come visto in modo non convincente), in base alla quale la norma imperativa estenderebbe l'illiceità al contenuto del contratto oltre che alla condotta. Qui, cioè, il reo deve avere l'intenzione di trarre profitto, ma non è certamente necessario che il contratto, in concreto, presenti prestazioni non proporzionate.

Anche queste considerazioni, in ogni caso, sono decisamente respinte dalla Cassazione, la quale aggiunge alla propria argomentazione un ulteriore tassello che fa leva sulla diversità del bene giuridico tutelato dai reati in esame.[431]

Ed è questo, si noti, il criterio in base al quale, infine, dovrebbe decidersi se alla violazione della norma penale debba corrispondere la nullità in sede civile, essendo da abbandonare, invece, il criterio della direzione del divieto fin ora applicato dalla prevalente dottrina. Vale quindi la pena esporre la suddetta tesi riportando un ampio stralcio della sentenza che meglio si è espressa sul punto[432]:

---

[430] In giurisprudenza si v. ad es. Cassazione civile sez. II, 31.03.2011, n.7468: « Il contratto concluso per effetto di truffa di uno dei contraenti in danno dell'altro non è radicalmente nullo (art. 1418 c.c., in correlazione con l'art. 640 c.p.), ma solo annullabile ex art. 1439 c.c., in quanto il dolo costitutivo del delitto di truffa non è ontologicamente diverso da quello che vizia il consenso negoziale, nemmeno dal punto di vista dell'intensità, risolvendosi entrambi in artifici e raggiri adoperati dall'agente e diretti ad indurre in errore l'altra parte e quindi a viziare il consenso allo scopo di ottenere l'ingiusto profitto mediante il trasferimento della cosa contrattata. Pertanto, una truffa non è causa né di nullità né, tantomeno, di inesistenza del contratto, ma, trattandosi di un mero vizio di volontà, può portare al solo annullamento del contratto, che resta in vita sino a che non intervenga una sentenza costitutiva (art. 1427 c.c.)». Su questi orientamenti si v. DEL PRATO, *Le annullabilità,* cit., p. 178 ss., il quale avverte la rilevanza del problema avviando lo studio sull'annullabilità proprio a partire dal rapporto tra patologia del consenso e norme imperative.

[431] In questo senso a partire da Cass. Civ., sez. II, 24.10.1994 n. 8948; ma si v. anche Cass. 27.01.2004, n. 1427, in *I Contratti*, 2005, p. 997 ss.

[432] Si tratta di Cassazione civile, sez. I, 19.05.2016, n. 10329. L'estensore della sentenza è F. DI MARZIO, al quale si deve anche un'opera dottrinale (*La nullità del contratto*, Padova, 2008), nell'ambito della quale si è tentato di giustificare l'orientamento della giurisprudenza in materia di circonvenzione d'incapace (ed è perciò che si è utilizzato l'altrimenti improprio termine "tesi"). La sentenza citata viene presa in considerazione nella convinzione che essa costituisca non tanto la presa di posizione di un singolo, quanto piuttosto l'esposizione più lineare e nitida di un *costante*

«applicando il criterio della verifica della *natura di ordine pubblico della norma imperativa violata*, si giunge in tutti e due i casi (truffa e circonvenzione) alla conclusione fatta propria, con motivazioni varie, dalla giurisprudenza maggioritaria. Il bene protetto nel delitto di truffa è…il patrimonio. La tutela si rivolge a un interesse…di portata non pubblicistica ma schiettamente privatistica….Alla stregua della lettura giurisprudenziale dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., il contratto derivato dal delitto non offendendo l'interesse pubblico (ma è meglio dire: *di ordine pubblico*) viola una norma imperativa non suscettibile di determinare nullità…ponendosi in evidenza un vizio del volere (errore determinato dal dolo altrui) con l'annullabilità…nel delitto di circonvenzione…la legge penale tutela (piuttosto che il patrimonio) *la libertà di autodeterminazione dell'incapace in ordine agli interessi patrimoniali: l'interesse alla libertà negoziale dei soggetti deboli e svantaggiati. La tutela si fonda pertanto su ragioni di ordine pubblico.* Alla stregua della lettura giurisprudenziale dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., il contratto derivato dal delitto, offendendo l'interesse di ordine pubblico, *viola una norma imperativa da ottemperarsi a pena di nullità.*

La peculiarità della fattispecie penale non è nello stato di incapacità (o deficienza) in cui versa la vittima, ma è nella *induzione e nell'abuso che si materializzano nell'approfittamento che il reo consuma ai danni della vittima incapace; questo approfittamento si traduce in una forma particolarmente grave di abuso contrattuale, lesiva dell'altrui libertà negoziale quale valore fondamentale riconosciuto dall'ordinamento*. Nella previsione dell'art. 428 cod. civ. rileva, invece, la semplice malafede (v. il secondo comma): la conoscenza dell'altrui stato di incapacità; si prende in considerazione la possibilità che ha il contraente di formarsi una volontà propria e non, come nella legge penale, *la concreta possibilità di resistere alla volontà altrui*[433]. Nel contratto concluso tra circonveniente e

orientamento giurisprudenziale (va peraltro detto che la motivazione della sentenza riproduce le pagine 466 ss. dell'opera sopra citata).

[433] In ciò la sentenza in parola echeggia anche le osservazioni di MOSCHELLA*, La rilevanza*, cit., p. 2863. Si v. poi quanto sostenuto da DI MARZIO, *La nullità*, cit.,p. 451 ss. L'a. osserva come se nella logica del codice civile, in cui vige il principio della parità formale, si comprende come la nullità sia predicabile solo ove il divieto impresso dalla norma penale si indirizzi al contenuto del contratto (perché determinato da entrambe le parti) non altrettanto dovrebbe dirsi ove si sia di fronte

circonvenuto l'illiceità si manifesta…come *prevaricazione* della parte forte ai danni della parte debole».

Come si vede le argomentazioni della giurisprudenza sono assai eloquenti e non necessitano di particolari spiegazioni. Non pare, tuttavia, che le medesime risultino appaganti. Anche a voler condividere il fatto che possa risultare più disdicevole, su un piano sociale, indurre alla conclusione di un contratto un soggetto psicologicamente debole, deliberatamente abusando di tale debolezza, piuttosto che raggirare un soggetto del tutto capace, andrà notato che una valutazione di tal genere resta confinata sul piano dell'opinabile fino a quando non la si leghi a precisi indici normativi che valgano ad asseverarla. Com'è evidente, non è sufficiente allo scopo affermare che nel caso di circonvenzione sia offeso un valore di ordine pubblico (la persona) mentre in quello di truffa un valore «schiettamente privatistico» (il patrimonio).

La distinzione appare artificiosa, e frutto di un ragionamento *a posteriori*[434]. Si ha la sensazione, cioè, che dapprima si affermi la nullità del contratto frutto della circonvenzione, e solo poi si vada alla ricerca di argomenti a supporto della decisione assunta. Il che riesce molto facile ove si invochi come criterio risolutivo un concetto indefinito (ed opinabile) come quello di ordine pubblico.

Varie rimangono allora le obiezioni che potrebbero essere sollevate. Basti pensare al fatto che, anche a prendere per buona la distinzione fatta dalla giurisprudenza fra offesa alla persona ed offesa al patrimonio, non si vede perché la stessa dovrebbe riverberarsi anche sotto il profilo della (*in thesi*) diversa forma

ad una disparità di potere contrattuale giacché qui «l'illiceità subisce una modificazione concettuale, incentrandosi pienamente nella dimensione del trattamento riservato all'abuso contrattuale unilaterale e al contratto che sia strumento della condotta abusiva » (cit., p. 458). Così essendo, per l'a., diverrebbe allora rilevante solo l'indagine funzionale circa la *ratio* della sanzione penale, dovendosi senz'altro propendere per la nullità lì dove «il divieto e la sanzione rispondono a esigenze poste da ordine pubblico e tutelano interessi fondamentali» (cit., p. 460).

[434] Sul punto quindi senz'altro è ancora valido l'insegnamento di G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 392: «il discorso rischia di sfociare nel sofisma e di diventare un artificioso espediente dialettico», notava di seguito l'a. come la formula potesse essere utilizzabile relativamente ad ogni vizio del volere, e che il suo utilizzo, dunque, celasse un «elevato grado di arbitraria ambiguità»; D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit., p. 804, osserva come l'autonomia privata (e la sua tutela) non potrebbero comunque dirsi interessi di natura pubblica e generale.

d'invalidità da infliggere al contratto, dato che il medesimo è pur sempre riguardato in quanto atto di disposizione patrimoniale[435].

Non basta fare riferimento all'ordine pubblico, s'intende dire, per ricavare quasi di necessità la nullità del contratto. Tanto più ricordando che - ammesso che si voglia continuare a guardare al diritto positivo - l'art. 1418 c.c. stabilisce la nullità del contratto *la cui causa* contrasta con l'ordine pubblico. Per quanto ampiamente si possa intendere il concetto di causa, non pare, allo stato, che il medesimo si sia mai esteso fino a comprendere una valutazione delle condotte tenute dalle parti nella fase formativa del vincolo.

Alla luce di tale orientamento, poi, tutte da rimeditare sarebbero le conseguenze del reato integrante gli estremi dell'estorsione, cui la giurisprudenza riconnette giustamente l'annullabilità (risultando integrati gli estremi della violenza morale). Eppure trattasi di reato punito in modo assai più grave rispetto alla circonvenzione d'incapace, e sempre perseguibile d'ufficio[436].

---

[435] D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit., p. 804 osserva in modo convincente come: «Le ragioni sottese all'apparato sanzionatorio predisposto dalle norme penali sono diverse da quelle che possono stare alla base della illiceità dell'atto, che ne determina la nullità sul piano civilistico. Il diritto penale può (e deve) sanzionare comportamenti che, (anche soltanto) in sé considerati, meritano di essere oggetto di riprovazione; ma a questi comportamenti può darsi non si accompagni un contenuto dell'atto che sia tale da meritare (sul terreno civilistico) analoga riprovazione in via assoluta, potendo in tal caso rivelarsi soluzione più appropriata lasciare alla vittima del comportamento illecito la decisione circa il mantenimento o meno in vita del regolamento negoziale in tal modo posto in essere… Resta, dunque, fermo che « la formula legale del "contratto illecito" si adatta alle sole ipotesi in cui la nullità è prevista in funzione del contrasto del *contenuto e del risultato* contrattuale (ovvero di quest'ultimo soltanto) con le regole e i principi dell'ordinamento». Questo ragionamento appare, invero, tanto persuasivo da potersi estendere anche al tema relativo alle conseguenze civilistiche del reato di usura.

[436] Il ragionamento formulato da DI MARZIO, *La nullità*, cit, p. 451 ss. (succintamente riprodotto in nota 433) può portare, a ben vedere, ad un effetto abrogante rispetto a diverse disposizioni di legge. Dovrebbe ammettersi, ad esempio, che lì dove sia rilevata una condotta lesiva di un interesse di ordine pubblico, la nullità che ne dovrebbe conseguire soppianterebbe, eventualmente, anche una diversa forma di invalidità prevista dal legislatore. Avverte il problema D'AMICO, il quale così osserva: «determinate fattispecie presentano elementi e caratteri che portano a ricondurle allo "schema" delineato dal legislatore per configurare una situazione sottoposta ad un rimedio diverso dalla nullità (ad esempio: "incapacità" legale o naturale di uno dei contraenti; "vizio del consenso" rilevante), ciò non avviene per pure ragioni di carattere "strutturale", ma evidentemente anche perché tale rimedio (negli esempi fatti: l'annullabilità) è stato ritenuto funzionalmente adeguato a quella situazione, sicché non dovrebbe essere consentito all'interprete metterlo "fuori gioco", e sostituirlo con uno diverso — e, soprattutto, diversamente disciplinato — sulla base di una valutazione (sempre opinabile) che egli faccia circa la natura dell'interesse tutelato dalla norma».

La soluzione della giurisprudenza, dunque, non può ritenersi esente da critiche, essendo ancora tutta da giustificare l'idea che la tutela dei soggetti «deboli e svantaggiati» assurga a bene di ordine pubblico.

Secondo chi scrive la soluzione corretta, ed è una convinzione rafforzata dall'esame della giurisprudenza, consiste nel delineare diversamente l'ambito applicativo dell'art. 428 c.c., ed ammettere senz'altro che il concetto di deficienza psichica possa essere incluso in quello di incapacità naturale.

Tuttavia, essendo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza privo di oscillazioni, il medesimo non può essere trascurato. La prassi - o il diritto vivente, ove si voglia usare un'espressione più *à la page* - conosce, dunque, una fattispecie invalidatoria che può tratteggiarsi in questi termini: il contratto è nullo per contrarietà all'ordine pubblico se: (a) al momento della sua conclusione una parte si trovava in una situazione di debolezza derivante da un condizione soggettiva di fragilità psichica legata ad esempio (I) all'età, (II) all'insorgenza o all'aggravamento di una patologia o (III) dovuta ad anomale dinamiche relazionali con l'altro contraente; (b) quest'ultimo, conoscendo tale situazione, ne abbia abusato per indurre l'altra parte alla stipula del contratto al fine di trarvi un profitto.

### 2.2.10. Le debolezze tutelate dalla circonvenzione d'incapace. Confronto con il § 138.2 BGB.

Introducendo il discorso che si sta svolgendo intorno al concetto di circonvenzione d'incapace si era dato conto di come la dottrina abbia da sempre rilevato la somiglianza fra il §138 del BGB e l'art. 643 c.p.[437] L'evoluzione giurisprudenziale relativamente alle conseguenze civilistiche del reato in parola, sembrerebbe confermare, per certi versi in modo finanche sorprendente, quest'esito[438]. Anche nell'ordinamento, s'intende, la nullità (sebbene nel nostro

[437] Del resto, il legame tra usura e circonvenzione d'incapace è assai stretto, come rivelano i fondamenti storici di entrambe gli istituti (per un cenno si v. RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», cit., p. 8, e si osservi d'altra parte come gli stessi siano disciplinati in disposizioni contigue, facendo anche l'art. 644 c.p. richiamo al primo), ed è quindi intuibile che i redattori del BGB abbiano voluto racchiudere in un'unica norma la corrispondente fattispecie civilistica.

[438] L'affermazione non si rinviene frequentemente in dottrina, ma fa eccezione G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 391 s. alle note 43 e 45, ove si afferma come la nullità, qui, «sembrerebbe forse involontariamente ispirarsi alla logica che è a fondamento del 2° comma del § 138 del BGB».

caso virtuale non testuale) del contratto concluso abusando dell'altrui debolezza è giustificata, di fatto, attraverso il richiamo alla *Sittenwidrigkeit*[439].

Resta da precisare, tuttavia, se via sia sovrapponibilità, oltre che nel rimedio e nella logica che lo regge, anche nel novero delle condizioni di debolezza prese in considerazione dalla due disposizioni.

Come si è detto, il concetto di deficienza psichica viene interpretato come sinonimo di fragilità psicologica, derivante da svariate ragioni, non determinabili a priori. Deve trattarsi di una condizione soggettiva che, sebbene possa non attingere la soglia dell'incapacità[440], deve pur sempre comportare una compromissione abbastanza sensibile delle capacità intellettive e volitive del soggetto passivo del reato.

Per descrivere tali situazioni una dottrina ha utilizzato l'espressione assai evocativa di «incapacità deboli» (anche se forse ad essere debole è piuttosto la, pur presente, capacità)[441]. A conclusioni simili, come detto, perviene la dottrina penalistica, che come si è detto discorre di un'ampia zona grigia fra la piena capacità e l'incapacità[442].

Il § 138.2 del BGB, invece, vale a sanzionare quella forma di *Ausbeutung* di una debolezza che sia riconducibile rispettivamente ai concetti di *Zwangslage, Unerfahrenheit, Mangels an Urteilsvermögen, erheblichen Willensschwäche.*

Ora, va rilevato come *Zwangslage* alluda letteralmente ad una qualche forma di costrizione, da ricondursi, segnatamente, ad una situazione assimilabile

---

[439] Ricordando comunque che il concetto di buon costume nell'ordinamento tedesco identifica quello che nel nostro ordinamento sarebbe anche l'ordine pubblico. A questo proposito si fa rinvio a quanto osservato nel Cap. I, alla nota 127, ma si v. per tutti: LARENZ-WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*[8], München, 1997, p. 746, in cui si rileva come il concetto di *gute Sitten*, comprenda in sé sia i «*sozialethische Prinzipien*» che i «*rechtsetische Prinzipien*».

[440] Ovviamente lì dove si voglia adottare la prospettiva propria della giurisprudenza, giacchè, come detto, sarebbe molto più lineare una soluzione che si avvalesse del concetto di deficienza psichica per delineare quello d'incapacità naturale.

[441] Ci si riferisce a MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 261 ss. e spec. 264 ss. L'a. sostiene, nelle pagine citate, l'idea che l'abuso dell'altrui condizione di indebolita capacità configuri un vizio incompleto innescante il rimedio risarcitorio ogni qual volta il contratto sia in grado di arrecare un pregiudizio al soggetto debole. In questa prospettiva, la nozione di "incapacità debole" adottata riproduce di fatto quella di deficienza psichica che si rinviene nella giurisprudenza, anche se un collegamento in tal senso non è reso esplicito dall'a.

[442] Si sta ricordando il pensiero di RONCO, *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», cit., p. 3.

allo stato di bisogno, ed in particolare economico. Trattasi della medesima situazione viziante prevista dall'art. 1448 c.c. nonché dalla norma penalistica che reprime l'usura. Anzi si direbbe che nel nostro ordinamento la tutela della parte debole, in quest'area, sia ancora più intensa essendo sufficiente che la medesima versi in una condizione di "semplice" difficoltà economica o finanziaria[443].

Sembrerebbe esserci, invece, piena assimilazione fra il concetto di deficienza psichica e quello di *Mangels an Urteilsvermögen* ed *erheblichen Willensschwäche,* facendo riferimento il primo ad una mancanza di giudizio e l'altro ad una rilevante debolezza della volontà[444].

Resta da capire, da ultimo, come sia da intendere il concetto di *Unerfahrenheit* (inesperienza), che nella sua portata semantica è in grado di racchiudere in sé situazioni assai variegate, tali senz'altro da essere riferite anche a soggetti pienamente capaci, ma carenti di esperienza per diverse ragioni (si pensi da un lato al soggetto inesperto perché di giovane età, o inesperto in quanto non pratica abitualmente il tipo di affare che si accinge a concludere, e così via). La dottrina tedesca tende, tuttavia, ad interpretare in modo assai restrittivo il concetto, riferendolo a quei soggetti che si rivelino tali, nel campo del traffico giuridico in generale, a cagione di una situazione soggettiva che si colloca poco sotto la soglia dell'incapacità naturale. Così essendo, è naturale che si noti una certa sovrapponibilità fra il concetto di inesperienza e quelli di mancanza di giudizio o debolezza della volontà, essendo tutti e tre riferibili ad una medesima classe di soggetti deboli[445]. Soggetti che, lo si può dire con relativa certezza, il nostro ordinamento chiama - con espressione infelice di certo - deficienti psichici[446].

---

[443] A questo proposito può vedersi B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German law of contract (a Comparative Treatise)*, Oxford and Portland, 2006, p. 251.

[444] B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German law of contract,* cit., p. 251.

[445] B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German law of contract,* cit., p. 251: «is does not suffice that the contracting party is inexperienced only in relation to the particular transaction in question…[it] means that it overlaps with the other two criteria of a "lack of judgement" and "considerable weakness of will". These concepts denominate quite serious personal defects which border on a lack of capacity…Even though the presence of a pathological condition is not required…»

[446] Si v. già un primo spunto in questo senso in MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 14, ove si afferma che queste condizioni sarebbero capaci di essere comprese nel concetto, secondo l'a. divenuto a maglie larghe nella giurisprudenza, di incapacità naturale. Il rilievo è

Del resto questa conclusione trova una conferma sicura nella storia della nostra codificazione. Si è già dato conto di come i codificatori avessero ben a mente, disciplinando la rescissione, il modello dato dall'art. 138 del BGB.

Il *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, all'art. 210 commi 1° e 2°, conteneva una norma del seguente tenore: «si può annullare il contratto quando gli oneri che ne derivano per uno dei contraenti sono gravemente sproporzionati alla prestazione dell'altro in tal guisa da superare di oltre il doppio il corrispettivo adeguato di questa. L'annullamento è subordinato alla prova che il contraente contro cui si propone la domanda conoscesse lo stato di bisogno *o la grave inesperienza* dell'altra parte».

La Relazione del Guardasigilli a questo proposito è assai significativa: «l'azione generale di lesione corrisponde a sani principi di socialità…pone una sanzione contro la parte che, ottenendo vantaggi sproporzionati, opera contro una retta condotta degli affari, abusando di particolari condizioni della controparte» ed ancora «ho esteso…i casi di lesione all'ipotesi di abuso della grave inesperienza dell'altra parte; quest'ipotesi…dà egualmente luogo all'azione di lesione nel codice svizzero e in quello tedesco. I confini della fattispecie sono già noti al nostro ordinamento positivo, perché ad essa si richiama l'art. 643 cod. pen.»[447].

Come si è già avuto modo di dire, i successivi interventi che hanno condotto all'attuale formulazione dell'azione di lesione hanno provveduto a "sabotare" l'istituto, sopprimendo da un lato ogni riferimento all'idea di esperienza, e dall'altro non prevedendo più la sanzione dell'annullamento, ma la peculiare azione di rescissone[448].

Probabilmente il codificatore era mosso, in questa materia, dall'idea che far assurgere l'inesperienza a situazione di debolezza legalmente prevista avrebbe potuto generare degli equivoci, e portare ad un'eccessiva instabilità nelle contrattazioni, nel caso in cui il concetto fosse stata inteso in senso letterale. Del

corretto, ad avviso di chi scrive, se si reputa che le condizioni che danno luogo a deficienza psichica siano rilevanti sotto il profilo dell'incapacità.

[447] A questo proposito un qualche rilievo può vedersi in MIRABELLI, *La rescissione*, cit., p. 87 ss.

[448] Si v. la *Relazione al Re*, n. 125: «Non si sono considerati né la grave inesperienza della parte danneggiata né l'abuso della sua leggerezza che i codici [stranieri] prendono in considerazione, per non dare all'azione un'eccessiva estensione…»

resto, era questa la linea di fondo seguita dalla corrente dottrinale che osteggiava l'introduzione dell'istituto stesso della lesione nel nostro ordinamento.

Pur a fronte di ciò, tuttavia, va constatato come viva ad oggi, nel nostro ordinamento, per via giurisprudenziale, una regola che si rivela addirittura più ampia rispetto a quella consegnata dal § 138.2 del BGB, non richiedendosi, da noi, nemmeno la sussistenza di un rilevante squilibrio fra le prestazioni per pronunciare la nullità del contratto, né vigendo il principio di astrazione, ragion per cui l'incapace circonvenuto ha a propria disposizione, in ogni caso, le azioni restitutorie conseguenti alla dichiarata nullità del titolo del suo acquisto[449].

Se si accoglie poi l'idea, già propria della giurisprudenza e divenuta maggioritaria anche in dottrina, che il contratto usurario sia a propria volta nullo per contrarietà ad un valore di ordine pubblico (impresso in una norma imperativa), andrà constatato come, sia nell'ordinamento italiano che in quello tedesco, con tale forma di sanzione sia represso anche l'abuso di *Zwangslage* (difficoltà economica e finanziaria)[450].

Va comunque rilevato, anticipando un poco quello che si dirà oltre, come in realtà nell'ordinamento tedesco il § 138 del BGB sia andato incontro a delle evoluzioni ulteriori ad opera della giurisprudenza. È affermazione diffusa, in area tedesca, quella per cui la regola consegnata al 2° comma del §138 sarebbe una mera specificazione della nullità per contrarietà ai buoni costumi delineata dal comma 1°. Considerazione, questa, sulla base del quale si è proceduto ad un progressivo ampliamento della tutela della parte debole del rapporto contrattuale, oltre la misura prevista dal secondo comma della disposizione[451].

[449] B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German law of contract,* cit., p. 253.

[450] Si ricordi a questo proposito quanto già rilevato circa la tesi di D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit., p. 807.

[451] B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German law of contract,* cit., p. 251 ss. Il tema è, comunque, assai dibattuto nella dottrina tedesca fin dalla formulazione della norma. Si consideri come già MIRABELLI, *La rescissione*, cit, p. 142 ss., mettesse a confronto le varie tesi elaborate sul punto, per chiedersi, segnatamente, se il primo comma del §138 BGB avrebbe avuto la funzione di operare nell'area indicata dal comma 2°, in (ipotetica) assenza di quest'ultima previsione normativa.

**2.2.11. Considerazioni conclusive sul rapporto fra *unfair exploitation* ed istituti posti a tutela del consenso dei contraenti nell'ambiente codicistico. Ricognizione delle aree in cui l'*unfair exploitation* si presenta come fattispecie inclusa nei tradizionali vizi, e delle aree escluse.**

Si è tentato di dimostrare come l'*unfair exploitation* - esprimendo un modello di giustizia contrattuale procedurale - rappresenti la tendenza dei moderni ordinamenti a concedere alla parte debole del rapporto contrattuale delle forme di tutela da riconnettersi ad alterazioni del regolare procedimento formativo della regola privata. Procedimento formativo che risulta viziato in quanto esito, da un lato, da una qualche forma di minorazione intellettiva o volitiva del contraente pregiudicato dalla contrattazione, e dall'altro lato di un abuso della parte "libera" del contratto che di tali forme di minorazione abbia approfittato per trarre vantaggio.

Il che ha poi indotto a considerare come, nell'interpretazione della disposizione, il requisito dell'ingiusto profitto o vantaggio iniquo non possa essere inteso come sinonimo di sproporzione o disequilibrio (economico o normativo) risultante dal contratto, quanto piuttosto espressione della necessità che il contratto non sia rispondente all'interesse, patrimoniale o non, della parte "abusata". Trattasi, di più, di un elemento, in realtà, che si rivela coessenziale allo stesso concetto di *exploitation* e che per ciò solo non conduce la logica della fattispecie oltre il tema dei vizi del volere.

Il che ha condotto a ricercare appunto in questi, ed in generale negli istituti posti a tutela del consenso dei contraenti, eventuali forme di repressione del contratto abusivo.

Gli esiti dell'analisi saranno esposti prendendo in considerazione dapprima le debolezze di tipo intellettivo, e quindi quelle di tipo volitivo.

1) L'analisi svolta ha consentito di individuare tre aree di rilevanza della debolezza intellettiva potendo la stessa derivare: da incapacità naturale, da deficienza psichica, ed infine da circostanze o caratteristiche accidentali che colpiscano un contraente pienamente capace.

1.1. Quanto al primo gruppo *nulla quaestio.* L'incapace naturale potrà fruire del rimedio dell'annullamento del contratto concluso, tutte le volte in cui riesca a

dimostrare la mala fede del proprio *partner* contrattuale. Il fatto è, però, che - come si è rilevato -incapacità non è affatto sinonimo di «qualsiasi perturbamento psicologico», bensì solo di quei perturbamenti che, avendo la propria radice in squilibri patologici della psiche, tolgano al soggetto la capacità di determinarsi liberamente, essa essendo ancora da configurare non tanto come vizio del consenso, quanto piuttosto come fattore ostativo alla manifestazione di un consenso autentico. L'incapacità può includere, ma certo non esaurire, la protezione accordata dall'*unfair exploitation*.

1.2. Si avvicina di più ai concetti di ignoranza, inesperienza, imprevidenza e mancanza di abilità a trattare, quello di deficienza psichica, cui la giurisprudenza e la dottrina ritengono comprensivo di una gamma di situazioni più ampia rispetto a quelle capaci di dar luogo all'incapacità, tanto da poter affliggere soggetti capaci se riguardati attraverso il filtro dell'art. 428 c.c., essa esprimendo, come si è detto, una *condizione soggettiva di fragilità psichica* legata all'età, all'insorgenza o all'aggravamento di una patologia o dovuta ad anomale dinamiche relazionali con l'altro contraente. Trattasi di condizioni che non rilevano di per sé, né in quanto semplicemente conosciute dall'altro contraente, ma in quanto di queste egli abusi, sfruttando la condizione in cui si trova la parte debole del rapporto, al fine di trarre un ingiusto profitto.

Trattasi di un'area che, nel nostro ordinamento, la dottrina ritiene per lo più assorbita da qualche fattispecie invalidatoria, essendo l'abuso dell'altrui stato di deficienza psichica da ricondursi all'annullabilità per incapacità naturale, per dolo, o per violenza.

Si è già detto come, secondo l'opinione che si è tentato di sostenere, il rimedio più adeguato dovrebbe rinvenirsi nell'art. 428 c.c., a patto di essere disposti ad una interpretazione della norma in cui i concetti di incapacità e di mala fede siano letti in modo sincronico e dunque siano capaci di modularsi diversamente a seconda delle circostanze del caso concreto.

La giurisprudenza - come detto - segue la via della nullità per contrasto a norme imperative espressione di valori di ordine pubblico. Una soluzione che

delinea un rimedio in grado di invadere, restringendolo, ma in modo irrazionale, anche l'ambito applicativo dell'art. 428 c.c.[452]

1.3. Nel caso in cui ad essere affetto da una debolezza intellettiva sia un soggetto pienamente capace, invece, egli potrà contare soltanto sulla tutela che accordano errore e dolo. E trattasi di due istituti, in astratto, capaci anche di assorbire per intero i casi di abuso degli stati di minorazione intellettiva. Pare, difatti, potersi dire che la parte intellettualmente debole, ma pienamente capace, concluda un contratto pregiudizievole, sempre e solo a cagione di una erronea o mancata rappresentazione della realtà, incidente, evidentemente, sulle più varie circostanze (eventualmente anche afferenti alla sola sfera dei motivi individuali).

Se ciò è vero potrà dirsi che i vuoti di tutela che il nostro ordinamento presenta in questo campo - rispetto all'*unfair exploitation* - attengono all'area: dell'errore non essenziale ma riconosciuto e non svelato; dell'errore indotto tramite un'attività che non si sostanzia in un raggiro[453].

2) Per quanto attiene, invece, all'area delle debolezze volitive vi è da rilevare come, anche qui, le medesime vengano tratteggiate con larghezza. Si tratta, infatti, dello stato di dipendenza (non altrimenti qualificato), dei bisogni urgenti, e delle difficoltà economiche.

Quanto allo stato di dipendenza, va rilevato come il medesimo si presti ad interpretare in modo meno stringente il requisito della minaccia che induce timore

[452] Va qui anticipato quello che sarà messo in luce successivamente, rivelandosi il caso della circonvenzione d'incapace, secondo noi, paradigmatico. A fronte di una norma che reprime penalmente la condotta di chi abusi della minorata difesa psicologica dell'altro contraente al fine di indurlo alla conclusione di un contratto per trarvi profitto, l'interprete (che operi in un ordinamento che non disciplini tale situazione in una regola di fattispecie) che si interroghi sulla sanzione civile del contratto frutto di tale reato ha a sua disposizione due moduli argomentativi. (I) Può fare della tutale del debole un problema di ordine pubblico: chi reca in un *vulnus* al contraente debole, reca prima ancora un *vulnus* ai valori di cui è espressione l'ordinamento. Questo è un modello in astratto non certo inammissibile (né da prova l'ordinamento tedesco), ma che ha il difetto, secondo noi, di dar luogo ad esiti poco rispettosi del diritto positivo, ed in modo arbitrario (ed è l'arbitrarietà della deroga a destare perplessità) (II) Il secondo modulo, invece, prevede che il problema della disparità di forza contrattuale si risolva facendo ricorso a quegli stessi istituti posti a garanzia della legittimità procedurale nella formazione della regola privata, e che si sostanzia, dunque, nel tentativo di riconduzione dell'"induzione" e dell'"abuso" entro i concetti di "raggiro" o di "minaccia" o della "deficienza psichica" entro quello di "incapacità naturale". Modulo, questo, che si ritiene senza dubbio preferibile.

[453] Si è già avuto modo di affermare come il riconoscimento dell'errore non possa essere riconducibile ad un caso di *induzione* in errore.

di cui all'art. 1435 c.c., dovendo l'efficacia determinante di questa valutarsi anche alla luce delle condizioni dei contraenti.

Ove, invece, si sia in presenza propriamente di una condotta di puro approfittamento di uno stato di soggezione già esistente, il medesimo potrà ritenersi rilevante, sul piano dell'invalidità, soltanto a patto di attingere la soglia delle "anomale dinamiche relazionali" che possono ridurre il soggetto succube, nell'ambito di queste, in uno stato di vera e propria deficienza psichica.

Se per dipendenza s'intende, dunque, uno stato di soggezione psicologica, può ritenersi che l'area in questione sia coperta, nel nostro ordinamento, dagli strumenti indicati dalla dottrina e dalla giurisprudenza come idonei a sanzionare il contratto frutto di circonvenzione d'incapace, e la via corretta sembra quella dell'art. 428 c.c.[454]

Se poi lo stato di soggezione non è idoneo a dar corpo almeno ad anomale dinamiche relazionali tali da provocare una condizione di fragilità psicologica nel succube, non sembra che di dipendenza si debba propriamente parlare, non rivenendosi, invero, la necessità di approntare un qualsivoglia rimedio.

Per quanto attiene, invece, all'area dei bisogni urgenti e della difficoltà economica può constatarsi come gli stessi presentino un ampio margine di sovrapponibilità, afferendo entrambi all'area della "necessità". È particolarmente evidente come, in questo caso, il concetto di bisogno urgente debba andare incontro ad un'interpretazione che valga ad individuare un'area di rilevanza più ristretta rispetto a quella che potrebbe ricavarsi dal suo significato semantico. Tutti i contratti, difatti, sono conclusi sotto l'impulso di un bisogno, e dunque il medesimo non può essere certo ritenuto uno stato viziante.

Sembra necessario, dunque, intendere sottesa al concetto di bisogno urgente la circostanza che il contratto che esso spinge a concludere sia rivolto ed evitare un pregiudizio, alla persona o al patrimonio.

[454] Il che non toglie, osserviamo ulteriormente, come anche evitando il ricorso all'art. 428 c.c. il più delle volte (ma non in ogni caso), il contratto frutto di circonvenzione potrebbe dirsi annullabile per dolo o per violenza, specie ricordando che la condizione di minorità del soggetto passivo consente senz'altro di interpretare con maggiore larghezza i concetti di minaccia e raggiro (ma entro i limiti di "elasticità" già segnalati delle due figure)

Così essendo, nel primo caso il concetto di bisogno viene a coincidere con lo stato di pericolo preso in considerazione dall'art. 1447 c.c. Nel secondo, invece, sostanzialmente si sovrappone al concetto di *economic distress* e dunque di bisogno ai sensi dell'art. 1448 c.c.

Se quanto esposto è esatto, andrà per la verità constatato come potrebbe rimanere sostanzialmente priva di rimedio, nella logica propria del codice, soltanto quell'area afferente all'abuso dell'altrui stato di bisogno che non si sia sostanziata in un contratto che manifesti una lesione *ultra dimidium*.

Ma anche in tal caso si è visto come nell'interpretazione corrente si ritenga anche quest'area inclusa nel perimetro del novellato art. 644 c.p., e dunque sensibile all'influsso dispiegato da tale norma imperativa sotto il profilo, in particolare, della nullità, o secondo un'interpretazione che sembra più corretta, del risarcimento del danno[455].

[455] È rimasta in ombra (o implicita) nel ragionamento fin qui svolto l'eventuale rilevanza da assegnare all'abuso di dipendenza, lì dove si tratti di un vincolo non di soggezione psicologica, bensì economica. Il caso evoca di per sé la disciplina prevista dall'art. 9 del d.lgs. 231/2002 (c.d. *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*), fattispecie in cui il patto risultante dall'abuso è regolato in termini di nullità lì dove esso presenti un eccessivo squilibrio normativo. Il tema sarà trattato oltre, ma in tale sede non se ne è fatta menzione, nella convinzione che dalla disciplina accennata non si possano trarre indicazioni di sistema circa l'interpretazione delle norme di parte generale. Nei contratti di "diritto comune", dunque, l'abuso dipendenza economica può venire in rilievo, nell'ambito di una fattispecie invalidatoria, o per mezzo della disciplina della violenza, o per mezzo della disciplina della rescissione, alle condizioni delineate nei rispettivi istituti. Sul punto si v. anche A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code civil*, cit, p. 108, il quale però svolge delle osservazioni circa lo stato di dipendenza complessivamente inteso (quale legame di natura psicologica, ed economica), ritenendolo una fattispecie inclusa: I) nell'art. 9 del d.lgs. 231/2002; II) nella disciplina delle pratiche commerciali aggressive; III) nell'art. 644 comma 3° c.p.; IV) nella rescissione; V) nella circonvenzione d'incapace.

# CAPITOLO III

## L'*UNFAIR EXPLOITATION* NELLE TRATTATIVE E NELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO.

SOMMARIO: SEZ. I. GLI ARTICOLI 1337 E 1338 C.C. DALLA LETTURA MINIMA ALLA "SCOPERTA" DEI VIZI INCOMPLETI. LE RAGIONI PER UNA RIMEDITAZIONE DEL TEMA. - 3.1.1. - Premessa. - 3.1.2. - Tre tesi sul contratto sfruttatorio. Un contratto viziato né nel consenso né nel contenuto, ma in uno spazio giuridico esterno alla fattispecie. Il raccordo con l'art. 1337 c.c. - 3.1.3. - segue…Buona fede *in contrahendo*, vizi del volere ed incapacità naturale. Piano dell'indagine. - 3.1.4. - La *prima fase* della responsabilità precontrattuale. Le interpretazioni (giurisprudenziali) tese a ridurre l'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c. alle ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative. La preminenza dell'art. 1338 c.c. - 3.1.5. - L'art. 1337 c.c. nella dottrina. L'avvio della seconda fase della responsabilità precontrattuale. I doveri di comportamento scaturenti dalla buona fede: protezione e tutela dell'altrui libertà negoziale. - 3.1.6. - La seconda fase della responsabilità precontrattuale. Indipendenza tra risarcimento del danno e conclusione di un contratto valido. La teoria dei vizi incompleti del contratto. - 3.1.7. - Gli avvalli giurisprudenziali e la responsabilità da contratto valido ma sconveniente. - 3.1.8. - Le ragioni per rimeditare la tesi dei vizi incompleti. La tesi di D'Amico. - 3.1.9. - Le recenti proposte di riforma del Codice civile. - SEZ. II. LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE IN CASO DI CONTRATTO VALIDO. FONDAMENTO NORMATIVO E IPOTESI APPLICATIVE. - 3.2.1. La buona fede come clausola generale. 3.2.2. - L'agire dei privati nella relazione precontrattuale. - 3.2.3. - La "veste" giuridica della relazione precontrattuale. - 3.2.4. - Il principio di distinzione tra regole di validità e regole di correttezza: l'indipendenza reciproca dei due giudizi è «nella stessa previsione del legislatore». - 3.2.5. - Qualche indicazione di metodo tratta dal principio di distinzione come sopra individuato. - 3.2.6. - Il risarcimento del danno in caso di dolo incidente, errore determinante e incidente. Riconoscibilità e scusabilità nel giudizio risarcitorio. - 3.2.7. - Approfittamento dell'altrui debolezza intellettiva e rimedio risarcitorio. - 3.2.8. - Abuso dell'altrui stato di debolezza volitiva. Violenza incidente, approfittamento e lesione *infra dimidium*, abuso dell'altrui dipendenza o timore. - SEZ. III. BUONA FEDE E INVALIDITÀ. - 3.4.1. - Buona fede *in contrahendo*, vizi atipici e annullabilità. Inaccoglibilità della tesi che ricava regole di validità dalla regola di correttezza. - 3.4.2 -. …(segue) eventuali obiezioni alla tesi qui sostenuta. - 3.4.3. - …(segue) un'ulteriore obiezione: l'ampiezza dei vizi del volere nei PDEC, nel DCFR, nel *Code civil* (e nelle recenti proposte di modifica al Codice civile?), e la necessità di seguire quella linea di tendenza. - 3.4.4. - Buona fede e nullità. Inconfigurabilità della buona fede «demolitoria della regolamentazione convenzionale». Le ordinanze n. 248/2013 e

n. 77/2014 della Corte Costituzionale. - 3.4.5. - Buona fede *in contrahendo* e nullità. Il senso e la portata applicativa dell'art. 33 Cod. cons., dell'abuso di dipendenza economica di cui alla l. 192 del 1998 e della nullità ivi prevista. - 3.4.6. - Considerazioni conclusive sul rapporto fra buona fede e invalidità.

## SEZ. I. GLI ARTICOLI 1337 E 1338 C.C. DALLA LETTURA MINIMA ALLA "SCOPERTA" DEI VIZI INCOMPLETI. LE RAGIONI PER UNA RIMEDITAZIONE DEL TEMA.

### 3.1.1. Premessa.

Prima di procedere oltre nella trattazione delineando un ulteriore piano d'indagine sembra opportuno sintetizzare il discorso che si è andati fin ora svolgendo. Si è notato, in primo luogo, come possa dirsi registrata una tendenza, nel moderno diritto contrattuale, al perseguimento della c.d. giustizia contrattuale. Si è già chiarito come tale espressione alluda non certo ad un particolare istituto o ad una precisa categoria dogmatica ma funga, in definitiva, da mera sintesi verbale di richiamo agli istituti volti a garantire che il contratto delinei un'operazione economica il più possibile rispondente agli interessi delle parti che ad essa hanno dato vita. La giustizia contrattuale, così intesa, deve tuttavia conciliarsi con il valore preminente dell'autonomia privata. Il che sta a significare che la giustizia che si va considerando è una giustizia dei mezzi più che dei fini: il contratto giusto è quello che risulta dall'esito di un procedimento formativo giusto. Non è invece da approvare una concezione di giustizia intesa come giustizia sostanziale. Nessuno può pretendere non tanto di correggere, quanto piuttosto di comprendere, il senso dell'affare concluso dai contraente a prescindere dal modo in cui essi vi hanno dato vita.

Certo, com'è intuibile, la giustizia contrattuale, anche procedurale, rappresenta (quasi di per sé verrebbe da dire) un risultato inattingibile. Nessuno ha mai dubitato di ciò. Ma questo non toglie che si possano ricercare nel sistema dei mezzi che consentano di tendere il più possibile a quel risultato.

Seguendo un'indicazione assai diffusa nella dottrina si è individuata una norma, nelle "fonti" di *soft law* che più di altre si rivela idonea allo scopo. Essa consente di annullare (o modificare) il contratto che si riveli pregiudizievole per

una parte, per aver l'altra abusato di una sua condizione di debolezza (dell'intelletto, o della volontà).

L'*unfair exploitation*, per la sua collocazione sistematica nell'ambito dei vizi del volere, ed *in chiusura* degli stessi, indica e conferma l'ottica con cui riguardare il fenomeno del contratto ingiusto, la quale è, come detto, quella procedurale.

Il discorso si è andato quindi sviluppando nella cernita, nel nostro ordinamento, delle modalità di repressione dell'abuso di un contraente nella formazione del contratto esaminando, dapprima, le norme recate dagli articoli 1427 ss. c.c., e, poi, dagli artt. 1447 ss. c.c. e 428 c.c.

Si ricorderà che due erano gli scopi che ci si era prefissi. Verificare, anzitutto, le aree che il nostro ordinamento lascia sguarnite non consentendo al contraente pregiudicato dalla contrattazione di liberarsi dal contratto per il mezzo di un'azione di impugnativa. Verificare, poi, la possibilità di coprire quelle aree per mezzo dell'interpretazione estensiva dei vizi tipici.

La verifica, come si è avuto modo di dire, ha avuto esito in parte negativo. Le regole di validità (annullamento e rescissione in particolare), hanno dei limiti di elasticità. Il che deriva anche da una scelta di metodo: l'interpretazione estensiva, per quanto giustificata dalla necessità di tutelare interessi sostanziali meritevoli, non può essere perseguita tutte le volte in cui ciò conduca ad un sostanziale effetto abrogativo di segmenti della disciplina positiva.

La realtà, come si è più o meno implicitamente messo in luce, è che il contratto di sfruttamento può essere inquadrato dal legislatore in vario modo, ed in ciò egli esercita la propria discrezionalità. Lo ha dimostrato anche una breve analisi storica compita relativamente alla rescissione. Il legislatore poteva farne un'ipotesi di nullità per contrarietà all'ordine pubblico (sul modello tedesco) o poteva farne un vizio del volere tipizzato (come si era ipotizzato in un remoto tentativo di codificazione).

Il legislatore italiano ha creato una figura misteriosa, la rescissione, la quale ha il solo compito (e si è trattato secondo noi di una scelta consapevole) di impedire all'interprete di raggiungere in via interpretativa uno dei due risultati sopra indicati.

Come sembra oramai chiaro, dunque, le modalità di repressione del contratto frutto di abuso andranno ricercate *anche* al di là delle regole di fattispecie. Ma dove? Per dare una risposta al quesito sembra il caso di riannodare per un momento le fila del discorso con gli esiti raggiunti da tre autori relativamente alla natura della rescissione per lesione. Con l'avviso, comunque, che non si tratta di una scelta tesa in qualche modo a smentire lo scetticismo espresso relativamente alle potenzialità insite negli artt. 1447 ss. c.c., quanto piuttosto mossa dalla presa d'atto che, nel nostro ordinamento, è a lungo vissuta l'equazione tra contratto sfruttatorio e contratto rescindibile. Le tesi che ora si riaccenneranno brevemente indicano, invece, come quest'equazione non abbia ragion d'essere, e su che direzione vada sviluppata la comprensione giuridica dei fenomeni che si stanno esaminando.

### 3.1.2. Tre tesi sul contratto sfruttatorio. Un contratto viziato né nel consenso né nel contenuto, ma in uno spazio giuridico esterno alla fattispecie. Il raccordo con l'art. 1337 c.c.

Come si è avuto modo di chiarire, si è escluso che il contratto rescindibile sia tale in quanto recante in problema di contenuto (illiceità dell'oggetto o della causa), od in quanto viziato nel consenso di uno dei contraenti.

La dottrina che meglio ha esaminato la questione è arrivata a concludere, in questo senso, che la rescissione ruota attorno al concetto di approfittamento, essendo la medesima, in definitiva, «un mezzo attraverso il quale l'ordinamento giuridico combatte *il comportamento di un soggetto*»[456]. Chiedendosi, poi, quale fosse il collegamento tra contratto e fatto sanzionato, si avanzata l'ipotesi che esso potesse consistere in un «vizio della causa»[457], precisando, però, a che cosa s'intendesse alludere con tale espressione. Dopo una complessa analisi si arrivava così dapprima a ipotizzare di poter concepire, in generale, come «l'ordinamento giuridico, ove intenda combattere l'atteggiamento di un soggetto…raggiunga il risultato desiderato attraverso l'eliminazione del negozio giuridico la cui

[456] MIRABELLI, *La rescissione*, cit., p. 102 (il cors. è nostro).

[457] MIRABELLI, *La rescissione*, cit., p. 115 ss., peraltro il concetto di vizio della causa (ma da tenere distinto dall'idea di mancanza o illiceità della causa), era tratto dalla dottrina dell'epoca. Si v. ad es. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 257.

conclusione è legata a quell'atteggiamento», e poi a concludere che, in tutto questi casi «l'ordinamento vede…un vizio…in quel *quid* che esso prende in considerazione per attribuire o per negare la tutela negoziale; il vizio in realtà *non esiste*, ma è l'ordinamento che ve lo costruisce in quanto con tale configurazione tende a colpire qualcosa che è *fuori dal negozio*», e concludendo, infine, nel senso che: «il negozio di sfruttamento è una figura…fuori dal sistema: una figura costruita per il soddisfacimento di esigenze contingenti»[458].

Chiaro è che, così intesa, la nozione di vizio della causa non risulta essere altro che una superfetazione, un concetto di cui ci si avvale per tentare di descrivere quella che poteva essere chiamata, né più né meno, che una scelta discrezionale del legislatore: l'approfittamento vizia la causa, in questa prospettiva, nel senso che ad esso il legislatore vuole riconnettervi una sanzione che porta alla caducazione del vincolo.

Ad esiti non dissimili, in realtà, sebbene attraverso un altro percorso argomentativo perviene anche un illustre autore che ha da ultimo indagato il fenomeno della rescissione del contratto. Anch'egli constata, difatti, come approfittamento e bisogno sono circostanze tutte quante «estrinseche alla struttura del contratto»[459], e che dunque non lo vanno a viziare in quel luogo, ma piuttosto «nei presupposti o nelle condizioni». Se così è, continua l'a., si palesa la necessità di spiegare il fenomeno della rescissione non ricorrendo alla tecnica della fattispecie, ma piuttosto a quella del «procedimento»[460], da intendersi come

[458] MIRABELLI, *La rescissione*, cit., p. 143 s. (cors. nostro).

[459] G. BENEDETTI, *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, cit., p. 26 ss., cui sono riferite anche le successive citazioni.

[460] Più in generale, l'idea di poter rappresentare l'attività di formazione (ed anche di esecuzione) del contratto attraverso il concetto di procedimento giuridico, si v. per primo SAL. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 33 ss.; ID, voce *Buona fede (dir. priv.),* in *Enc. dir*., Milano, 1959, p. 689 ss.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto,* I (Le fasi del procedimento), Milano, 1966, 1 ss., ma spec. 24 ss.; ID*, La formazione del contratto*, II (Le regole di comportamento), Milano, 1974, *passim.* Sul tema si v. anche P. PERLINGIERI, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ*., 2006, 425 ss. All'opera di Romano e di Ravazzoni si farà riferimento anche successivamente. Desta interesse, difatti, il fatto che entrambe gli autori citati, adottando la peculiare prospettiva del procedimento di diritto privato, avessero riconosciuto senza esitazioni il ruolo fondamentale della regola di buona fede nelle trattive e nella formazione del contratto, avendo con anticipo rispetto ai loro contemporanei affermato la *reciproca* indipendenza fra la violazione delle regole di procedimento (la buona fede), e delle regole di validità (o di fattispecie).

concetto dinamico «idoneo a rappresentare la sequenza formativa del contratto». In questo senso esso rappresenterebbe «una dimensione giuridica…idonea a costituire l'orizzonte più appropriato a fare emergere certi problemi relativi ai comportamenti delle parti tenuti prima o dopo la conclusione del contratto».

La rescissione sarebbe, dunque, un istituto che il legislatore prende in considerazione, si potrebbe dire, cogliendo e fissando una sequenza del procedimento di formazione del contratto, e riconnettendo ad un vizio di questa determinate conseguenze in grado di incidere poi sulla stabilità del vincolo.

Questo modo d'intendere il contratto sfruttatorio prescindendo dalla situazione "statica" descritta dagli artt. 1447 ss. c.c., e tentando di coglierlo nella dimensione "dinamica" del suo svolgersi, con particolare riguardo alla fase del suo procedimento formativo, aveva già permesso ad un'altra dottrina, in totale controtendenza rispetto alla sua epoca, di formulare una conclusione di particolare interesse e che individua lo spazio giuridico al quale ora bisognerà guardare. Lo sfruttamento dell'altrui debolezza, si era detto, costituisce sempre e comunque una condotta connotata da mala fede, e dunque, a «dar ragione del rimedio rescissorio è l'art. 1337 c.c.»[461].

In queste tre tesi si ravvisa un filo conduttore, che può essere chiaramente messo in luce ove le si vogliano sintetizzare in questa maniera: I) il contratto iniquo perché frutto dell'approfittamento di una condizione di debolezza dell'altro contraente non è un contratto recante un vizio nella sua struttura né per forza di cose dev'essere viziato il consenso dei contraenti. Per darvi spiegazione però non è necessario immaginare un artificioso "vizio della causa", ma va tenuto presente che II) il contratto non va colto solo nella sua dimensione statica, rischio, questo, in cui si incappa ove ci si focalizzi solo sulle regole di fattispecie, ma va anche osservato il contesto entro cui si realizza l'assetto d'intessi divisato dei contraenti, ed in particolare al suo procedimento formativo; III) esiste una regola, quella dell'articolo

[461] Si tratta del saggio già citato di SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, cit., p. 350 ss. L'idea di Scozzafava è poi ripresa da M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 273 ss. L'opinione contraria emerge già in FRANCESCO BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 111 ss., che per primo ha ipotizzato, ma escludendolo, un raccordo fra gli artt. 1337 e 1447 ss. c.c.

1337 c.c., che impone ai contraenti di comportarsi secondo buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto.

L'idea che potrebbe essere consolidata, dunque, è quella per cui nel nostro ordinamento il contratto frutto dell'iniquo sfruttamento di una parte, pur non trovando sempre rimedio in delle specifiche regole di fattispecie, si presenti, comunque, come un contratto costituente l'esito di una condotta connotata da mala fede, e perciò risulti, da questo punto di vista, contrastante con l'ordinamento giuridico.

### 3.1.3. segue…Buona fede *in contrahendo*, vizi del volere ed incapacità naturale. Piano dell'indagine.

Anche i vizi del consenso propriamente intesi esibiscono un naturale collegamento con la regola di buona fede *in contrahendo*. Non è mai mancata in dottrina, ad esempio, la considerazione per cui il comportamento di chi ponga in essere dei raggiri ai danni della propria controparte, pur dando vita ad un contratto suscettibile di annullamento ad istanza del *deceptus*, si presti altresì ad essere qualificato come scorretto, per via del contrasto con la regola che impone di comportarsi secondo buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto[462]. Lo stesso discorso si è svolto in relazione alla violenza. La minaccia, si è detto, è per definizione antitetica rispetto ad un agire in buona fede[463]. Anche in relazione al mancato disvelamento di un errore riconosciuto o riconoscibile, poi, si è affermato l'insorgere della responsabilità precontrattuale a carico di chi non abbia avvertito il proprio *partner* contrattuale di essere incorso in una falsa rappresentazione della realtà[464].

[462] Si tratta di considerazioni che sembrano abbastanza ovvie. Le indicazioni bibliografiche sono dunque ridotte al minimo. Si v. in arg. FRANCESCO BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 65 s., e la recensione sull'opera di quest'ultimo (MANCINI, recensione a Benatti, (*La responsabilità precontrattuale,* Milano, 1963) in *Riv. trim.dir. e proc. civ.*, 1966, p. 1073). Più di recente G. PATTI-S.PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* (artt. 1337 - 1342), nel *Codice civile commentato* (diretto da P. Schlesinger), Milano, 1993, p. 8 s. ove si rileva la necessità di coordinare «la normativa in tema di responsabilità precontrattuale con quella in materia di vizi della volontà…trattandosi di aspetti diversi di un fenomeno sostanzialmente unitario…i vizi della volontà sono necessariamente collegati ad attività illecite poste in essere prima della stipula del contratto».

[463] MENGONI. *Metus incidens, metus causam dans*, in *Riv. dir. Comm*., 1954, II, p. 71.

[464] FRANCESCO BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 63 s.

Quanto poi all'incapacità naturale, come accennato, è lo stesso art. 428 c.c. a far riferimento alla necessità che il contraente capace sia in mala fede[465].

Nessuno, di più, ha mai negato che l'azione di annullamento possa convivere con l'azione risarcimento del danno, avendo piuttosto dottrina e giurisprudenza discusso della eventuale pregiudizialità della prima sulla seconda[466] e dell'ambito normativo entro cui far confluire quest'ultima (art. 1337 c.c. o 1338 c.c.)[467].

In tempi più recenti è sorta l'idea che l'area delle condotte che l'ordinamento può giudicare riprovevoli, attraverso il filtro dell'art. 1337 c.c., sia però più ampia dell'area delle condotte capaci di dar vita ad una figura tipica di contratto annullabile o rescindibile. Così che, pur non essendo integrati i presupposti normativamente richiesti per potersi giungere all'invalidità del contratto, residuerebbe comunque uno spazio per affermare la responsabilità di chi si sia macchiato di scorrettezza.

Si tratta della teoria meglio nota come dei vizi incompleti del contratto[468] - che con questa felice denominazione è di recente approdata anche presso le

[465]Si è già notato al par. 2.2.7 come l'art. 428 c.c., alluda alla buona fede oggettiva, e dunque a quella medesima regola di condotta contenuta nell'art. 1337 c.c. (e nell'art. 1175 c.c. anzitutto).

[466] Per lo più escludendola. Si v. in questo senso, sotto il vigore del codice abrogato, TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., 318, ed ora anche SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., 573; ROPPO, *Il contratto*, cit., 759.

[467] Come si dirà la giurisprudenza e la dottrina sono decisamente orientate ad intendere l'art. 1338 c.c. come disposizione volta a sanzionare chi abbia dato causa ad un contratto invalido, e non chi non abbia comunicato una causa d'invalidità (si v. ad es. in tal senso C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 1984, p. 174 ss.). L'opposta opinione è però argomentata in modo persuasivo da G. PATTI-S.PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard,* cit., p. 179 ss., ed ancor più nella approfondita ed originale analisi di A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XI, 2018, p. 34 ss.

[468] Si tratta ovviamente della tesi di M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit. Ad esiti per lo più analoghi, ma nell'ambito di una ricostruzione connotata da minore organicità, già COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 71 ss.; G. PATTI-S.PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., *passim*., (ma si v. specialmente le pagine da 5 a 9, e 191 ss.), ed anche GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, v. ad es. p. 58.; sul tema v. anche MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm*., ix-x, 1956, spec. 366 ss. La tesi dei vizi incompleti, dunque, non è certo frutto di una presa di posizione isolata, ma raccoglie e sistematizza un insieme di tesi che in modo più o meno disordinato affioravano in dottrina, viepiù all'inizio degli anni '90. Ferme queste osservazioni, va comunque dato conto del fatto che una sintetica esposizione (si potrebbe dire *ante litteram*) della tesi che postula la compatibilità tra responsabilità risarcitoria e validità del contratto, si rinviene in una poco nota pagina di CARNELUTTI, a commento di Cass. Firenze 19 maggio 1923, in *Foro it*., I,

sentenze della giurisprudenza di legittimità[469] - e che postula, com'è risaputo, una generale compatibilità tra la conclusione di un contratto valido e la responsabilità risarcitoria in capo a chi a questo abbia dato vita tenendo un comportamento scorretto nella fase delle trattative.

Il principale obiettivo, dunque, sarà quello di verificare l'attuale tenuta di tale tesi, e di comprendere se essa possa fornire un rimedio adeguato alle ipotesi di *exploitation* che si sono prese in considerazione.

Ma non si tratta solo di questo. L'accreditarsi della teoria dei vizi incompleti - nella dottrina e nella giurisprudenza - sembra essere capace di innescare un ragionamento teso a dilatare gli stessi margini di operatività delle azioni d'impugnativa. Il ragionamento a cui si allude, per meglio intendersi e con qualche approssimazione, può essere per ora ridotto a questi termini:

- è dato per assodato che in tutte le ipotesi di annullamento per vizio del consenso o per incapacità naturale, o in quelle di rescissione, si registra una violazione della regola posta dall'art. 1337 c.c.;

- ma se la latitudine della buona fede precontrattuale si dice andare ben al di là delle figure tipiche d'invalidità;

---

1923, p. 605 s. L'illustre A., commentando la decisione che aveva sostenuto la tesi contraria, così chiosava: «secondo il modo di vedere della Corte di Cassazione, dunque, colui che ottiene da altri il consenso mediante la ingiusta minaccia di un male non notabile; oppure colui che, colposamente, cagiona un errore non sostanziale; oppure colui, i cui artifici, senza determinare la controparte al contratto, ne aggravano però le condizioni, terrebbero un contegno perfettamente lecito e sarebbero esenti da responsabilità…Il vero è che nullità del contratto e responsabilità del contraente che opera, nella sua formazione, con dolo o con colpa sono due istituti giuridici perfettamente autonomi: queste due conseguenze della formazione contrattuale anomala possono coesistere come possono essere disgiunte. Vi può essere soltanto nullità e non responsabilità…Vi può essere, per altro verso, soltanto responsabilità e non nullità…la figura del *dolus incidens* basta a ricordare che le cose ora dette sono ben note…» La cornice teorica in cui collocare i rapporti fra validità e responsabilità si rinviene comunque già nella prima opera in cui si discorre esplicitamente di principio di distinzione tra regole di validità e di buona fede, di cui dunque a lungo non si è colto forse il senso più profondo (PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 104 ss.).

[469]Il riferimento è a Cass. civ., sez. III, 17.09.2013, n. 21255 (sulla nota controversia CIR/FININVEST). Va peraltro constato come la teoria dei vizi incompleti del contratto sia a tal punto accreditata presso le corti, che un Tribunale (Trib. Treviso, sez. I, sent. 15.02.2019 reperibile nella banca dati *DeJure*), è arrivato a definirla come «figura di elaborazione giurisprudenziale», storpiandone significativamente il nome in «vizi incompleti della volontà» (lì dove, invece, il genitivo "del contratto" va tenuto fermo, non discutendosi di vizi della volontà, ma di scorrettezze che abbiano necessariamente un'operazione economica dannosa per una parte).

- ciò sta a significare che le figure tipiche possono essere intese quali mere esemplificazioni della violazione del precetto posto dall'art. 1337 c.c. e quindi:

- anche quando non ricorrano tutte le condizioni previste dal legislatore, una sanzione invalidatoria (l'annullamento in particolare), potrà senz'altro farsi discendere dall'individuazione di un vizio atipico tramite l'interpretazione analogica della disciplina positiva, ora resa possibile dall'aver rinvenuto una comune *ratio* fra le figure regolate: la violazione dell'art. 1337 c.c.

È questo, principalmente, lo sviluppo possibile dell'evoluzione della regola di buona fede di cui ci si propone di verificare l'attendibilità[470]. Ciò nel quadro di una riflessione che però si amplia, dovendosi comprendere se sussista, o debba sussistere un'equazione, nel nostro ordinamento, fra contratto valido e contratto giusto[471].

Si terrà conto, nella trama del discorso, anche di un'altra tendenza, registratasi specialmente in dottrina, che, per così dire, obliquamente, interferisce con i temi ora abbozzati: si allude alla possibilità di far discendere dalla violazione della buona fede addirittura la nullità del contratto, ogni qual volta la condotta scorretta si presenti come lesiva di un interesse di rilievo preminente[472].

Insomma, il tutto potrebbe ridursi ad un interrogativo - non certo nuovo ma meritevole, per le ragioni esposte, di essere riesaminato - attinente alla sussistenza

---

[470] Queste, fondamentalmente, le linee del ragionamento condotto da SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., 629 ss., ed in modo assai chiaro in ID., *Considerazioni conclusive*, in *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari* (a cura di M. Bessone e F.D. Busnelli), Milano, 1992, 181 s. In senso adesivo, anche se con una diversa impostazione, A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 70 ss.

[471] Sul quale già ampliamente, sulla base di un'analisi forse tutto sommato trascurata alla luce della sua profondità, PIETROBON, *Errore volontà e affidamento*, cit., p. 102 ss. ma anche VI ss.

[472] La tesi in qualche misura è già stata esposta, ma guardata con scetticismo ed infine non accolta discorrendo dei rapporti fra contratto e reato, e negando, in particolare che la necessità di tutela dei soggetti deboli (deficienti psichici) o del mercato del credito (nel caso dell'usura) potesse giustificare una nullità del contratto concluso perpetrando i reati di circonvenzione d'incapace e di usura reale. Su un piano più generale, questo tenore di argomenti si rinviene in GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impresa*, 1997, p. 418 ss. Si levano da più parti, poi, voci tese a rintracciare il valore preminente la cui lesione giustificherebbe la nullità nell'art. 2 della Cost. (come ritenuto dal relatore Morelli nella sentenza C. cost. 21.10. 2013 n. 248 e nell'ord. 26.03.2014, n. 77).

ed al significato del c.d. principio di distinzione (o non interferenza) fra le regole validità e quelle di buona fede[473].

Sciogliere questi quesiti, com'è evidente, impone però di focalizzarsi primariamente proprio sulla regola, tanto invocata, di cui all'art. 1337 c.c., tratteggiandone l'evoluzione subita nel corso della sua storia.

### 3.1.4. La *prima fase* della responsabilità precontrattuale. Le interpretazioni (giurisprudenziali) tese a ridurre l'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c. alle ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative. La preminenza dell'art. 1338 c.c.

Discorrere dell'art. 1337 c.c. significa discorrere di un'area nevralgica del moderno diritto privato. La responsabilità precontrattuale, ha osservato forse il suo maggiore studioso, si colloca in una zona di frontiera. Non solo - il che interessa in questa sede - tra invalidità e responsabilità, ma, più in generale, fra contratto e torto[474]. È noto, difatti, come attraverso il paradigma della relazione precontrattuale, basata sull'affidamento, si siano gettate le basi per la costruzione della c.d. responsabilità da contatto sociale. Idea che ha permesso, in buona misura, di ridisegnare i confini fra le due forme di responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale, a tutto vantaggio della prima, dando così una base più sicura alla risarcibilità del c.d. danno al patrimonio[475].

---

[473] Su cui si v. in primo luogo PIETROBON, *Errore volontà e affidamento*, cit., p. 119 ss.; e quindi D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 1 ss., 248 ss.

[474] Il riferimento, riconoscibilissimo, è a Castronovo. Fra le opere che possono ricordarsi, sul punto, spec. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 521 ss.; ID, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 1 ss.; (ma v. pure ID, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss..), più di recente ID., *Vaga* '*culpa in contrahendo*'*: invalidità e responsabilità e la ricerca della 'chance' perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 19, e ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 127 ss. Ma su questi temi si v. anche già MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit.; ID, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072 ss.

[475] Il tema del danno al patrimonio (o danno meramente patrimoniale, o pura perdita patrimoniale, a seconda delle preferenze degli studiosi, esiste se ed in quanto si ritenga che l'ingiustizia del danno di cui discorre l'art. 2043 c.c. non sia una clausola generale) è indagato spec. da CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 299 ss., ma si v. anche, con opinioni diverse da quest'ultimo M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003; A. ZACCARIA, Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts *(la resistibile ascesa del contatto sociale)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2013, p. 77 ss.

Chi si accinga allo studio della responsabilità precontrattuale non può non essere incuriosito dai suoi sviluppi giurisprudenziali più recenti, consistiti, in particolare, nel mutamento di due indirizzi, fin allora, più che consolidati.

Nel 2005, una nota sentenza[476], poi confermata due anni dopo dalle Sezioni Unite[477], spostava il confine fin allora vigente fra responsabilità e validità, affermando come la conclusione di un contratto valido non cancellasse (o assorbisse in sé) la rilevanza giuridica delle scorrettezze commesse dai contraenti nella fase formativa del vincolo.

Nel 2011, anche qui convertendo un orientamento pluridecennale, venivano spostati i confini tra contratto e torto, riconoscendo, sia pure attraverso un ragionamento che si definirebbe (al meno) singolare[478], la natura contrattuale della *culpa in contrahendo.*

---

[476] Si tratta della sent. Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 (c.d. sent. Marziale, dal nome del relatore), in *Foro it.*, 2006, I, 1105, con nota di E. SCONDITTI; SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 2006, 1602 ss.

[477] Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 (c.d. Sentenze Rordorf) Si tratta di una delle pronunce più commentate, si v. però almeno: C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle Sezioni Unite,* in *Soc.*, 2008, 449 ss.; SCONDITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*, in *Foro. it.*, 2008, I, 785 ss.; MARICONDA *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere giur.*, 2008, 230 ss.; ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza 'Rordorf'*, in *Danno resp.*, 2008, 536 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche:* '*ratio decidendi*' *e* '*obiter dicta*' *delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 445 ss.; VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.; e il commento critico di GENTILI, *Disinformazione e invalidità, i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, IV, 2008, p. 393 ss.

[478] Il riferimento è dapprima alle sentenze Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Giur. it.*, 2012, 2547; Cass. 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur. it.*, 2012, 2662. Al riguardo si v. C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1949 ss.; CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1234 ss. Più di recente conferma quest'orientamento Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, 2565, con nota di A. DI MAJO, *Il contatto sociale - la* '*culpa in contrahendo*' *tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, 2565, nt. 1. La singolarità del percorso argomentativo della Cassazione consiste nel fatto di aver ricostruito la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale a partire dall'idea di contatto sociale qualificato, generatore di obblighi di protezione. Il fatto è che, in dottrina, è stata la relazione precontrattuale (e la sua indubbia capacità di generare obbligazioni e dunque responsabilità contrattuale) a costituire il paradigma tramite la cui estensione si sono individuate ipotesi altre di c.d. contatto sociale qualificato. La Cassazione avrebbe dunque proceduto, detto senza circonlocuzioni, all'incontrario. Sul tema si v. dunque A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* '*culpa in contrahendo*' *secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*,

È veramente difficile dire se vi siano, o quanto siano profonde, delle correlazioni fra questi due mutamenti di indirizzo[479]. È stato scritto in passato, a tal proposito, che l'orientamento volto a ricondurre la *culpa in contrahendo* alla responsabilità aquiliana si giustificava, presso le Corti, proprio in quanto si riconosceva il risarcimento del danno solo nel caso in cui mancasse un contratto valido[480]. Per quanto gli sviluppi successivi sembrino dar ragione a tale opinione, recherebbe un qualche disagio pensare che solo di recente la Cassazione abbia compreso che l'espressione responsabilità contrattuale è una sineddoche[481], alludendo ad una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione, quale che ne sia la fonte.

Non è questa, dunque, una spiegazione che appare persuasiva. Sicuramente, e forse l'osservazione è meno banale di quello che potrebbe apparire, un filo conduttore è ravvisabile: l'innalzamento della tutela della parte che la scorrettezza ha subito. Non solo quest'ultima avrà a disposizione un rimedio risarcitorio anche tutte le volte in cui la condotta del proprio *partner* contrattuale non abbia attinto gli estremi di un vizio tipico, ma potrà al fine avvalersi del regime, notoriamente più favorevole, della responsabilità contrattuale per avere ristoro del danno subito.

Di questi intrecci (fra validità e responsabilità da un lato, fra contratto e torto dall'altro), andrà dunque tenuto conto, ma con l'avvertenza che rimarranno, per

---

2014, II, p. 344 ss. e più di recente PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 127 ss. (ove è svolto un commento in parte critico alla sentenza Cass. 12 luglio 2016, n. 14188).

[479] Nella dottrina, difatti, i due temi non sembrano essere correlati fra loro. Ad es. D'Amico, pur non formulando con nettezza la propria opinione circa la natura della responsabilità precontrattuale nega cittadinanza nel nostro ordinamento ai c.d. vizi incompleti (si v. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1107 ss.; ma si v. anche ID, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 264 e nota 399, ove si propende per la natura contrattuale) viceversa vi è chi tenendo ferma la natura contrattuale non ravvisa ostacoli nell'idea che il risarcimento del danno operi anche in caso di conclusione di un contratto valido (es. MANTOVANI, *sub* art. 1337, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), Torino, 2011, p. 484 ss. Fra chi afferma la natura aquiliana della responsabilità scaturente dalla violazione dell'art. 1337 c.c. la tesi dei vizi incompleti è talora accolta (es. SACCO, *Il contratto*, cit., e ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 176 s.; G. PATTI-S.PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* cit., p. 34 ss.) altre volte negata (es. M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, nella rivista online *Judicium*).

[480] ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto in generale II, XIII*, nel *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), Torino, 2000, p. 302.

[481] MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072.

così dire, sullo sfondo del discorso che si andrà conducendo. Per ora si procederà, dunque, ad esaminare il primo profilo del problema, tratteggiando quella che potrebbe essere definitiva come la prima fase della *culpa in contrahendo* nel nostro sistema, fase che l'ha vista oggetto di un'interpretazione giurisprudenziale tesa a restringerne i margini operativi[482].

In questo senso la regola contenuta nell'art. 1337 c.c., negli anni immediatamente successivi alla codificazione, ha subito la sorte che gli interpreti riservavano alle c.d. clausola generali. Era vivo, nei confronti di queste, un atteggiamento di sostanziale diffidenza, quando non di disinteresse[483]. Il che derivava da diverse ragioni riassumibili in tre ordini di considerazioni. Il primo è quello per cui le clausole generali (la buona fede in particolare) fanno rinvio a concetti di carattere intrinsecamente indefinito (l'agire, appunto, in buona fede, o correttamente), e questo loro carattere pareva tale da poterle far degradare a enunciazioni astratte, incapaci di esprimere un qualsiasi significato dalla cui concretezza si potessero enucleare soluzioni applicabili nella prassi[484].

Non mancavano poi, a giustificare la diffidenza nei confronti delle clausole generali, ragioni ideologiche. Basti ricordare come, nella sua prima formulazione, l'art. 1175 c.c. (di cui l'art. 1337 c.c. è senz'altro un risvolto), contenesse un esplicito rinvio, accanto alla correttezza, ai «principi della solidarietà corporativa».

---

[482] Sul tema si v. in particolare MANTOVANI, *sub* art. 1337, cit., p. 445 ss.; A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento,*cit., p. 32 ss.; E. PELLECCHIA, *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, in '*Liber amicorum*' *per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 497 s. Parla efficacemente di «lettura minima» delle disposizoni in parola MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 52.

[483] Sulla c.d. fuga dalle clausola generali e sulla diffidenza che queste hanno incontrato all'alba della codificazione RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, (a cura di Cabella Pisu e Nanni), Padova, 1998, p. 33; e sull'art. 1337 in particolare MANTOVANI, *sub* art. 1337, cit., p. 445 ss.; ID., *«Vizi incompleti»,* cit., p. 140 ss.; per una sintesi si v. anche GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 34 ss.

[484] È rimasta celebre, ad esempio, la definizione di Sacco, volta a unificare le clausole generali attorno al concetto di «norme di pura opinione» (SACCO, *Il contratto,* nel *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, p. 798). Ma si v. anche sulla presunta vaghezza delle clausole generali, in senso critico, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, p. 3.

Sì che quando quest'ultimo inciso venne eliminato, in ciò qualcuno vide il segno di una tacita abrogazione dell'intera disposizione[485].

Ma la ragione più profonda, probabilmente, risiede nello stesso concetto di clausola generale. Notoriamente con quest'espressione si fa rinvio ad una particolare tecnica di conformazione della fattispecie normativa, opposta al c.d. metodo casistico o analitico. Il legislatore, vale a dire, rinuncia a delineare la fattispecie astratta in tutti i suoi elementi costitutivi e consegna all'interprete una fattispecie incompleta ma fornendo, al contempo, una direttiva per realizzare l'opera di completamento della stessa, a mezzo del rinvio a degli *standards*, a dei modelli di comportamento (socialmente tipici). Se così è, chiaramente, è insito delle clausole generali un certo margine di discrezionalità, del giudicante in particolare, nel rinvenire (quando non si voglia dire *nel creare*) la norma da applicare al caso concreto[486].

Il timore di spostare la produzione normativa dal legislatore all'interprete, dunque, giustificava l'atteggiamento volto a reprimere le potenzialità applicative del precetto di buona fede, e si concretizzava, in particolar modo nella

[485] Com'è noto, poi, un risveglio delle clausole generali in aderenza ai nuovi principi costituzionali fu propugnato, specialmente, da RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad*., 1964, I, p. 1283 ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 184 ss. ove si nota anche come la ritrosia dell'interprete all'utilizzo e alla promozione delle clausole generali si giustificasse, in un primo momento, apparendo le medesime come in grado di spezzare un ordine del disegno normativo appena costruito dalla nuova codificazione). Fondamentali furono anche i contributi di TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in Riv. dir. civ., I. 1959, p. 495 ss. e di CARRARO, *Valore attuale della massima* "fraus omnia corrumpit", in *Riv. Trim. dir. e proc. civ*.,1949, p. 782 ss.

[486] Questa è la concezione di clausola generale a cui si ritiene di dover aderire, e proposta da MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss., ma spec. 10 ss. Va detto peraltro come ad oggi il dibattito sembri focalizzarsi più che sulle clausole generali, sui c.d. principi, il riferimento ai quali presuppone un margine di discrezionalità ancora maggiore in capo all'interprete (fenomeno secondo alcuni inquietante, per altri rassicurante), non assistendosi a casi di "fattispecie incomplete", ma semmai a fenomeni di "perdita della fattispecie" (v. in questo senso ad es. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2014, p. 37 ss.). Si v. da ultimo su questi temi il volume a cura di D'AMICO, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Torino, 2017 ed ivi in particolare i contributi del medesimo a. *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, p. 49 ss., e l'*Introduzione* di P. GROSSI. Sul dibattito attuale su questi temi, si v. anche le due opposte visioni di CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione (a proposito di giustizia)*, in *Europa e dir. priv*., 2017, 765 ss. e LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

giurisprudenza[487], in un orientamento che finiva, in buona sostanza, proprio per non riconoscere il valore di clausola generale alla norma contenuta nell'art. 1337 c.c. Si affermava, difatti, come la violazione dei doveri di correttezza non potesse generare responsabilità risarcitoria se non nel momento in cui si concretasse anche nella «violazione di un diritto altrui, riconosciuto in base ad *altre* norme»[488].

Le ipotesi di vera e propria responsabilità precontrattuale, dunque, dovevano individuarsi soltanto in norme puntuali, diverse rispetto all'art. 1337 c.c. e fra queste in particolare nel caso disciplinato dall'art. 1338 c.c.[489] La norma, com'è noto, obbliga a risarcire il danno chi conoscendo o dovendo conoscere una causa d'invalidità del contratto, sia nondimeno addivenuto alla sua stipula tradendo l'affidamento incolpevolmente riposto dall'altro contraente sulla sua validità.

Da una lettura siffatta, com'è evidente, deriva un'immagine della buona fede che la rende, in sé, non produttiva di alcun obbligo o dovere specifico al di fuori dalla comunicazione di una causa d'invalidità. Ed in questo senso l'affidamento riposto dall'altro contraente sulla validità del contratto era non solo

[487] Per l'analisi della giurisprudenza, in questa fase, si vedano MANTOVANI, *sub art. 1337*, cit., p. 445 ss.; ID., *«Vizi incompleti»*, cit., p. 140 ss. e la accuratissima rassegna in ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1051 ss.

[488] Si v. ad es. Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in Foro it., 1963, I, 1769 (ed ivi con la nota critica di RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*); e Cass. 18 ottobre 1980 n. 5619, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, p. 176 ss. Sembra di potersi dire che in questa fase l'orientamento si giustificasse anche alla luce dell'inquadramento della responsabilità precontrattuale nell'ambito di quella extracontrattuale, e vigendo ancora un'interpretazione che vedeva l'art. 2043 c.c. come norma secondaria e sanzionatoria.

[489] Oltre che l'art. 1398 c.c. Va peraltro ricordato come la Relazione al Re (n. 612), contenesse un passo che pareva far in effetti intendere che l'unica ipotesi di responsabilità precontrattuale, fosse quella dell'art. 1338 c.c. Si v. a questo proposito ancora MANTOVANI, *«Vizi incompleti»*, cit., p. 145 ss., oltre che A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento,* cit., p. 32 ss. L'introduzione dell'art. 1338 c.c., peraltro, è solitamente riconosciuta come un "omaggio" dei codificatori alla teoria sulla *culpa in contrahendo* propugnata dal suo scopritore (R. VON JHERING, '*Culpa in contrahendo*' *oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jh. Jb.*, 1861, 1 ss.; v. di recente tradotto in italiano da PROCCHI, *Della* '*culpa in contrahendo*' *ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005). Sulle distorsioni operate dalla dottrina italiana rispetto alla teoria di Jhering, anche alla luce del diverso contesto normativo in cui l'A. operava, si v. lo stesso A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento,* cit., p. 31 ss., oltre che TURCO, *L'interesse negativo nella* '*culpa in contrahendo*' *(verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 1, 165 ss.; ID, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit. p. 980 ss.

fondamento, ma anche *limite* della tutela risarcitoria invocabile. La violazione dell'obbligo di informazione, in altre parole, restava impunita se l'altro contrante avrebbe potuto avvedersi da sé dell'invalidità del contratto[490].

In un momento successivo - in questa che si è chiamata prima fase della buona fede precontrattuale - la giurisprudenza ha rinvenuto un ambito operativo proprio dell'art. 1337 c.c. e ampliato quello dell'art. 1338 c.c.

La prima è stata così intesa come norma disciplinante la facoltà di recesso dalle trattative. A partire dagli anni '60, difatti, è divenuta regola giurisprudenziale quella per cui si espone a responsabilità chi, in uno stato avanzato delle trattative, vi receda ingiustificatamente, tradendo il ragionevole affidamento riposto dall'altra parte nella conclusione del contratto. Anche qui, dunque, l'affidamento vale a fondare la responsabilità e vale anche a limitarne il campo applicativo in nome, evidentemente, della libertà contrattuale (che si esplica, in tal caso, nel poter recedere liberamente dalle trattive, anche cagionando un danno, a patto di non aver creato un ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto)[491].

Per quanto attiene all'art. 1338 c.c., invece, va dato conto del fatto che in modo apparentemente innocuo, si fosse giunti ad affermare che la disposizione in parola sanzionasse la «dolosa o colposa stipulazione di un contratto invalido o

[490] In generale sull'art. 1338 c.c. si v. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit. p. 1040 ss.; MANTOVANI, *sub art. 1337*, cit., p. 495 ss. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo*, cit., p. 5. Più di recente sulla necessità che l'applicazione dell'art. 1338 c.c. postuli un giudizio sull'assenza di colpevole negligenza in capo al "destinatario" dell'obbligo di informazione inadempiuto, AFFERINI, *Il* quantum *del danno nella responsabilità contrattuale*, 2008, Torino, p. 146 ss. (discorrendo del *quantum* del risarcimento del danno in caso di errore). Opposta prospettiva è quella coltivata da A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento,* cit., p. 68, il quale ritiene che non vi siano mai ragioni per escludere la responsabilità in capo a colui il quale non comunichi (tradendo la regola di buona fede) la causa d'invalidità (peraltro riducendo l'operatività della norma alle cause di nullità). Ovviamente non si tratta di un dettaglio marginale, trattandosi di comprendere se il nostro ordinamento, in quest'ambito, tuteli un affidamento colpevole o (come comunemente si ritiene) incolpevole.

[491] Anche in questo caso si può riprodurre massima alquanto diffusa: «Le trattive per la conclusione di un contratto non sono di per sé vincolanti, tuttavia la loro interruzione fa sorgere la responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. quando sussistano tre requisiti: a) affidamento di uno dei contraenti nella conclusione di un contratto *in fieri*; b) recesso ingiustificato dell'altro contraente dalla trattativa; c) correlativo danno della controparte consistente nel c.d. interesse negativo». Così ad es. Cass. 12.10.1970, n. 1948. Per un campionario delle decisioni sul punto v. ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza),* cit. p. 1056 ss. La massima ha una particolare longevità, si v. da ultimo Trib. Parma sez. I, 08.01.2019, n. 45.

inefficace»[492]. Lo scollamento rispetto alla lettera della legge è palese. L'evento lesivo non consiste più nel mancato adempimento di un obbligo di comunicazione, ma direttamente nell'aver provocato la stipulazione di un contratto invalido. Così che era l'art. 1338 c.c. a fondare la responsabilità risarcitoria in capo a chi, con la propria condotta, avesse dato luogo ad un contratto annullabile, avendone provocato la conclusione non solo tramite il mancato disvelamento di un errore essenziale riconosciuto, ma anche attraverso dei raggiri o una minaccia[493].

In definitiva, in questa prima fase, il panorama disegnato dalle regole contenute negli artt. 1337 c.c. e 1338 c.c. secondo la giurisprudenza (e parte della dottrina) aveva il seguente aspetto: la prima norma regolava le ipotesi in cui si potesse predicare la responsabilità di chi avesse dato luogo alla mancata conclusione del contratto recedendo ingiustificatamente dalle trattative. La seconda regolava la responsabilità di chi avesse dolosamente o colposamente dato luogo ad un contratto invalido[494].

Il fondamento dell'art. 1337 c.c. era (implicitamente) individuato nella tutela dell'affidamento (soggettivo) riposto da un contraente nella futura conclusione del contratto. Il fondamento dell'art. 1338 c.c. riposava nell'esigenza di tutelare l'affidamento (anch'esso soggettivo) di chi confidasse nella conclusione di un contratto valido. Le disposizioni in parola, insomma, occorrevano, in questa

[492] Così in particolare C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., p. 174, ma con un ragionamento che si perpetua sostanzialmente da FRANCESCO BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 65 (nell'ambito di un'argomentazione che in linea di principio parrebbe affermare l'assoluta centralità dell'art. 1337 c.c.). Opinare in questo modo, evidentemente, ha l'effetti di prosciugare il terreno di operatività dell'art. 1337 c.c., e svilirne ulteriormente il ruolo nel sistema. Su quest'argomento, oltre a quanto si osserverà nella nota successiva, si v. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 56 ss., il quale notava come così discorrendo si tendesse anche ad "eludere" l'interrogativo circa l'ampiezza degli obblighi d'informazione precontrattuale sgorganti dall'art. 1337 c.c.

[493] Come detto, una presa di posizione fortemente contraria si registra da parte di da G. PATTI-S.PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* cit., p. 179 ss., e da A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 34 ss. Si osserva, in particolare, come nei casi di contratto annullabile, si pensi al dolo o alla violenza, l'affidamento la cui lesione sarebbe concretizzata dalla minaccia o dal raggiro non sarebbe certo quello riposto sulla validità del contratto, ma, più genericamente, a non subire un pregiudizio in senso alla trattativa (trattativa che, peraltro, potrebbe anche non giungere a termine). La norma di riferimento per la responsabilità risarcitoria in caso di contratto annullabile, dev'essere dunque l'art. 1337 c.c.

[494] Ad es. nella dottrina, questa opinione era all'epoca difesa da STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm*., 1964, pag. 165 ss.

visione, a sanzionare chi almeno colpevolmente danneggiasse il proprio *partner* contrattuale coinvolgendolo in una trattativa o in una stipulazione *inutile*[495].

Se questo era l'ambito applicativo riconosciuto alla due norme ne conseguiva che né l'una né l'altra avrebbero mai potuto operare per il caso in cui le trattative, pur scorrettamente condotte, avessero dato luogo ad un contratto valido. Così, difatti, opinava la giurisprudenza[496].

### 3.1.5. L'art. 1337 c.c. nella dottrina. L'avvio della seconda fase della responsabilità precontrattuale. I doveri di comportamento scaturenti dalla buona fede: protezione e tutela dell'altrui libertà negoziale.

Se questo era il ruolo che la giurisprudenza assegnava, e fino a tempi assai recenti, alla regola posta dall'art. 1337 c.c., non si può dire che la medesima sorte sia stata ad essa riservata dalla dottrina, che muoveva invece i primi e decisivi passi nel tentativo di svelarne le potenzialità applicative.

Mantenendo al momento l'esposizione si un piano alquanto generale, può dirsi come le varie tesi espresse sulla funzione della responsabilità precontrattuale e della buona fede che domina tale fase, tendano a convergere verso un risultato

[495] Con questa terminologia si v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., p. 171 ss. Pongono l'accendo, in particolare, sull'idea di affidamento soggettivo (stato di fiducia psichica) come fondamento e oggetto di tutela della responsabilità precontrattuale, in queste ipotesi, A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento,* cit., p. 33, e già COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto*, cit., p. 70. Sembra comunque di dover ribadire come in questi casi, l'affidamento (la sua ragionevolezza), fungesse anche da limite alla tutela risarcitoria: non basta cioè ledere uno stato di fiducia psichica, pur agendo scorrettamente. È necessario altresì che l'affidamento non sia colpevole.

[496] Si v. ad es. Cass. 18.10.1980, n. 5610. «La disposizione dell'art. 1337 c.c. - che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto - è (al pari di quelle degli art. 1175 e 1375 c.c.) norma meramente precettiva o imperativa positiva, dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra le "norme imperative", aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal comma 1 dell'art. 1418 c.c., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata. Ne consegue che, fuori dell'ipotesi di responsabilità precontrattuale (che si ha quando una parte receda dalle trattative dopo aver determinato nell'altra l'affidamento sulla conclusione del contratto) la violazione dell'obbligo generico di comportarsi secondo buona fede non implica nè responsabilità civile nè invalidità del contratto, ove il comportamento deprecato non integri una determinata ipotesi legale cui sia connessa quella specifica sanzione civilistica, come confermato anche dalla disciplina dettata, in tema di dolo, dagli art. 1439 e 1440 c.c.». Più di recente, escludono la convivenza tra validità e responsabilità precontrattuale: Cass. civ., 25.07.2006, n. 16937, e Cass. civ., 05.02.2007 n. 2479.

comune. Vi è l'idea, s'intende, che la buona fede in senso oggettivo imponga alle parti dei doveri di comportamento, i quali non sono tanto finalizzati a consentire che la trattativa giunga al suo compimento con la stipulazione di un contratto (di un contratto valido) quanto piuttosto a che la medesima sia condotta con correttezza, non rendendola occasione di danno per le parti che vi partecipano[497].

In questo senso, dunque, si è affermato che in tutta la fase prodromica alla conclusione del contratto, le parti dovrebbero improntare la loro condotta[498] al canone dell'onestà e della regolarità, il che si sostanzierebbe in atteggiamenti di collaborazione, quando non di cooperazione, e più in generale volti alla protezione dell'altrui sfera giuridica[499].

---

[497] Si rinvia alle note che seguiranno per maggiori precisazioni sul punto. Per una sintesi sulla progressiva espansione, operata dalla dottrina, dell'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c. si v. CUFFARO, voce *Responsbilità precontrattuale*, in *Enc. del dir*., Milano, 1988, p. 1266 ss. e più di recente GRANELLI, *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale*, in *Nuova giur. civ., comm*, 7/8, 2018, p. 1200 ss.

[498] Non va sottaciuto come per una importante scuola di pensiero alla buona fede andrebbe assegnato il solo ruolo di fungere da metro per valutare *ex post* il contegno delle parti nella fase di attuazione del rapporto obbligatorio in modo da correggere gli eventuali rigori insiti nel giudizio di conformità del comportamento tenuto alla legge. In altre parole, il ruolo della buona fede non starebbe tanto nell'indicare in astratto quale dovrebbe essere il modello di condotta a cui le parti si dovrebbero informare, bensì permettere al giudice di operare un apprezzamento della giuridicità dei comportamenti già in concreto tenuti dai soggetti (cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 3 ss.; nonché sulla scia BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 190 ss., e spec. 195; LOI-TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, p. 18 ss.). Fra le varie critiche che possono formularsi alla tesi in parola, pare cogliere nel segno, in particolare, quella che ne evidenzia la debolezza già, diremmo, in linea logica. Sembra incontestabile, difatti, che «per affermare che una norma costituisce un criterio di valutazione di una condotta, è pur sempre necessario che preesista, o comunque sussista, altra norma (eventualmente la stessa norma) che ponga specifici doveri di condotta, rispetto ai quali soltanto tale valutazione è possibile» (RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., p. 111 ed ivi nota 33; per una più puntuale critica della posizione qui riassunta si v. comunque TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale,* cit., p. 216 ss.). Se si afferma, ad esempio, che debba risarcire il danno colui la cui condotta è consistita nel non informare, ciò lo si può fare soltanto se si dia per presupposto, almeno implicitamente, che sussistesse, sia pure nel caso concreto, lo specifico dovere di fornire l'informazione omessa.

[499] Si v. a tale riguardo ad es. la sintesi offerta (non senza accenti critici) da CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, p. 260 ss., secondo cui la responsabilità precontrattuale occorrerebbe in definitiva a «mantenere indenne la controparte dalla possibilità di lesione offerta dal rapporto instaurato, adottando un particolare contegno di riguardo diretto a garantire una sorta di protezione», ed ancora a p. 262: «ciò che risulta rilevante per il diritto sarebbe….l'integrità patrimoniale del soggetto, suscettibile di subire un danno a causa della stretta relazione intersoggettiva instaurata». Idee, queste, che nonostante il trascorrere del tempo e i mutamenti del contesto normativo sarebbero da tenere ferme, a detta della dottrina più recente. Si v.

Ed è questo un esito, come si diceva, attinto dalla dottrina non ostante la diversità dei punti di vista assunti nel ricostruire la portata della clausola generale. Ciò vale, difatti, anzitutto per chi ritiene che essa si implementi, e dunque vada letta alla luce, dei valori costituzionali ed in particolare della direttiva espressa dall'art. 2 Cost.[500], imponendosi un dovere di solidarietà contrattuale compendiosamente riassunto nella formula per cui ciascuna parte sarebbe investita del dovere di «salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti di un apprezzabile sacrificio»[501].

Ma un fraseggio non dissimile è proprio anche di quella corrente dottrinale che declina questo atteggiarsi della buona fede nella sua idoneità ad arricchire il contenuto dell'obbligazione, nel senso di creare obbligazioni accessorie e strumentali al dovere primario di prestazione, il cui mancato rispetto rileverebbe, dunque, alla stregua dall'inadempimento[502].

Da ultimo non va trascurata l'importanza che nella ricostruzione del concetto di buona fede (ed in particolare di buona fede *in contrahendo*) hanno svolto quelle tesi volte ad individuare lo *standard* di contraente corretto, il parametro astratto, vale a dire, rispetto al quale misurare poi il contengo concretamente tenuto dalle parti durante le trattive. Tesi che riassumono, in un certo senso, i vari aspetti della regola di correttezza individuandola con l'agire di un «normale operatore economico» cioè di «un operatore che nell'esercizio dell'iniziativa porta la cura e la lealtà normalmente impiegate negli affari»[503].

---

ad es. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *I Contratti*, I, 2017, p. 49 ss.

[500] Per un'interpretazione dell'art. 1337 c.c. come norma volta ad imprimere alle relazioni interindividuali i principi della solidarietà costituzionale si v. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 96; similmente LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, cit., p. 174 ss. Sul tema si v. per una sintesi e ulteriori riferimenti GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 129 ss.

[501] Il riferimento è alla celebre definizione di C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, 2 ed., Milano, 2000, p. 155 ss. e spec. poi 162, che ricalca peraltro la nozione fornita dalla stessa Relazione del Guardasigilli al Cod. civ., n. 558 (ma si v. altresì ID, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ*., I. 1989, p. 205 ss.)Va precisato che, nella visione dell'A., il riferimento alla solidarietà contrattuale vale, in realtà, ad esprimere un certo scetticismo nel predicare una *diretta* influenza dei principi costituzionali nei rapporti contrattuali.

[502] La tesi è, come noto, di MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 280 ss., ma si v. anche ID*, Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. *passim*.

[503]BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (osservazioni in tema di recesso dalla trattiva)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1972, p. 975

Modello, questo, coincidente con quella di «uomo ragionevole»[504], cioè colui il quale ha un senso *ordinario* dell'onestà e della solidarietà sociale[505].

Formule di cui si può lamentare, senza dubbio, il carattere vago, o per meglio dire tautologico, ma che d'altra parte hanno contribuito, negli studi successivi, a rendere palesi due aspetti implicati dalla normativa di correttezza. Anzitutto l'operare su basi sostanzialmente oggettive della responsabilità che alla mala fede consegue, essendo sufficiente l'assunzione di un contegno difforme dallo *standard*, a prescindere da profili di dolo o colpa (che saranno per lo più *in re ipsa*). Ma, ancor più, tali tesi evidenziano il carattere originariamente extralegale delle regole di buona fede, non potendo, per forza di cose, la concretizzazione di una clausola generale compiersi alla stregua dei soli parametri del dato normativo, ma dovendosi allargare, l'orizzonte dell'interprete, all'osservazione della realtà sociale.

Tutto ha condotto, in buona sostanza, a discostarsi dall'opinione che vede sotteso agli artt. 1337 e 1338 c.c. un meccanismo di tutela dell'interesse delle parti ed evitare trattative inutili, per non essere sfociate nella conclusione di un contratto o per essere sfociate nella conclusione di un contratto invalido, ed a porre a fondamento della responsabilità precontrattuale ora un'idea di affidamento, ma stavolta da intendersi in senso oggettivo, ora il concetto di interesse alla libertà negoziale.

Nel primo senso, l'esistenza della *culpa in contrahendo* si giustificherebbe dovendo tutelarsi, genericamente, la «fiducia di una parte nella regolarità del comportamento dell'altra»[506] e cioè «lealtà, nella probità, nella correttezza»[507] di quest'ultima, nel procedimento di formazione di un contratto.

---

[504]CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ*., I, 1984, p. 709 ss. Su questa linea anche MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 193 ss. Sul concetto di ragionevolezza si v. anche l'ampia ricostruzione di TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, ID., voce *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, *Annali VI* , Milano, 2013, p. 763 ss.

[505]CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 752.

[506]MENGONI*, Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 364.

[507]MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 370. Sul punto, dunque, l'A. sembra risentire della teoria di BALLERSTEDT (*Zur Haftung für 'culpa in contrahendo' bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter,* in *AcP*, 1950-1951, p. 505 ss.), per il quale la responsabilità precontrattuale trovava fondamento in un «Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens», in una relazione di affidamento, vale a dire, reciprocamente suscitato e concesso. Per

Nel secondo, invece, le trattative e la formazione del contratto andrebbero condotte in modo da preservare la libera esplicazione dell'autonomia negoziale[508], bene in vista della cui preservazione andrebbero attivate misure corrispondenti a canoni di lealtà e di salvaguardia[509].

Volendo ancora sintetizzare i tratti comuni[510] di questa diversa impostazione del problema, può dirsi come si sia arrivati a stabilire che il legislatore ha imposto alle parti di tenere una condotta improntata al canone della buona fede per evitare che le ingerenze nella reciproca sfera giuridica che la relazione precontrattuale implica, si rivelino fonte di un pregiudizio. Così che nella dottrina, l'elencazione degli obblighi o dei doveri che dalla buona fede germinerebbero (per lo più: informazione, avviso, custodia, segreto), tende a sfumare nell'idea di protezione

una sintesi delle varie voci dottrinali che hanno sostanzialmente perpetuato tale pensiero CUFFARO, voce *Responsbilità precontrattuale*, cit., p. 1266 ss.

[508]Il riferimento è a C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, 2 ed., Milano, 2000, p. 155 ss. e spec. 162; con diversi accenti anche SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, p. 667. Si v. poi RAVAZZONI, *La formazione del contratto,* II, cit., p. 40, il quale (pur nell'ambito di un periodare che non accoglie la natura extracontrattuale della responsabilità in parola) individua l'interesse protetto dalla norma nella tutela della libertà nella contrattazione, e cioè nella «piena utilizzazione di tutte le chances contrattuali offerte in quella determinata situazione economico-sociale nella quale opera il soggetto, senza falsi condizionamenti causati da prospettive contrattuali inesistenti, e, in definitiva, non corrispondenti al vero».

[509]C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, 2 ed., Milano, 2000, p. 162 ss. Secondo la concezione in parola, la buona fede sarebbe la fonte di una serie di doveri, fra i quali si annoverano «sotto il profilo della lealtà gli obblighi di a) informazione, b) chiarezza, c) segreto, e, sotto il profilo della salvaguardia, d) l'obbligo di compimento degli atti necessari per la validità ed efficacia del contratto». La violazione di tali doveri darebbe luogo a risarcimento del danno secondo le regole della responsabilità aquiliana. Si afferma, difatti, come non sarebbe sufficiente la sussistenza di una relazione precontrattuale, per quanto dominata dalla buona fede e da doveri di condotta reciproci, per dar luogo ad un rapporto obbligatorio. «Tutti doveri generici della vita di relazione si concretano in comportamenti doverosi nei confronti di coloro con cui si entra in contatto». Di più, l'interesse alla libertà negoziale, in quanto interesse appunto della vita di relazione (i.e. relativo a tutti i consociati), si è detto, si discosterebbe sensibilmente dall'interesse particolare del creditore a soddisfazione del quale è orientata l'obbligazione (ex art. 1174 c.c.), e che si concretizza con l'adempimento di una prestazione. Questa linea di pensiero, espressione per lungo tempo di un indirizzo accreditato presso la giurisprudenza e buona parte della dottrina, individua, come si è detto, un collegamento fra l'art. 1337 c.c. e l'art. 2043 c.c., concretizzandosi il dovere di buona fede in un aspetto del più generico *neminem laedere* a tutela dell'altrui libertà negoziale.

[510] Concilia le tesi ricordate circa il fondamento della responsabilità precontrattuale (affidamento oggettivo, e tutela della libertà negoziale) TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., *passim*, ma spec. 242 ss.

dell'altrui integrità patrimoniale, e dunque nell'adozione di misure di prevenzione di eventi dannosi[511].

Gli esiti ricalcano, si è osservato, quelli attinti nell'esperienza giuridica tedesca lì dove, dall'originaria configurazione che ne diede Jhering, e di cui è appunto tributario l'art. 1338 c.c., si passò a concepire la *culpa in contrahendo* «in chiave più generale» e, dunque, come «responsabilità per la violazione della sfera giuridica dell'altra che si verifichi durante le trattative»[512].

Se questa è la funzione assegnata all'art. 1337 c.c. nel nostro sistema giuridico, la questione dell'eventuale convivenza della responsabilità precontrattuale (e del conseguente rimedio risarcitorio) con l'avvenuta conclusione di un contratto valido non incontra più alcun ostacolo di ordine logico, ogni qual volta la stipulazione si riveli pregiudizievole per una parte, e sia riconducibile ad una scorrettezza compiuta dall'altra nella fase formativa del vincolo contrattuale.

Alla ricostruzione in chiave "protettiva" della responsabilità precontrattuale, fa eco, difatti, la constatazione per cui «la circostanza della conclusione, o meno, di un valido contratto non ha importanza», non contenendo l'art. 1337 c.c., in questo senso, nessuna limitazione[513].

[511]In questo senso anzitutto MENGONI *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 360 ss.; sulla scia poi CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo*, cit., p. 10; MANTOVANI, *sub art. 1337*, cit., p. 451; PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Pers. merc*., 2017, p. 125: «anche quando la buona fede finisce per imporre comportamenti che mirano a promuovere la conclusione di un contratto valido, efficace e sorretto da scelte libere e consapevoli, il loro orizzonte di senso complessivo rimane in ogni caso quello della protezione della sfera giuridica di controparte». Ma si v. anche quegli autori che tentano, in questa direzione, una ridefinizione del concetto di interesse negativo, fra cui TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 242 ss.; GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 67.

[512]CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo*, cit., p. 10.

[513]MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 365 (citando adesivamente il pensiero dell'HELDRICH, per il quale ivi si rimanda). era giunto a questa conclusione, ma nell'ambito di un discorso teso a dimostrare la natura precontrattuale della responsabilità nascente per omessa comunicazione dei vizi della cosa, nei casi di cui agli artt. 798 c.c., 1578 c.c., e in particolare, 1812 e 1821 c.c. L'affermata compatibilità tra conclusione di un contratto valido e operatività dell'art. 1337 c.c. era dunque funzionale ad un'argomentazione tesa a provare la natura contrattuale di tale responsabilità, non essendosi occupato, l'A., del rapporto fra buona fede e vizi del volere (per quest'aspetto comunque si v. ID, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 17 ss.).

### 3.1.6. La seconda fase della responsabilità precontrattuale. Indipendenza tra risarcimento del danno e conclusione di un contratto valido. La teoria dei vizi incompleti del contratto.

La dottrina pare, tuttavia, avere preso piena consapevolezza di questa implicazione, ad un livello diffuso, solo sul finire degli anni '80 del secolo scorso, cominciando a porre sistematicamente in dubbio i "dogmi" fin allora consolidati, specie nella giurisprudenza, circa il senso e l'operatività della clausola generale di buona fede nelle trattive e nella formazione del contratto[514].

Si è preso consapevolezza, in particolare, del collegamento indubbiamente esistente, come detto, tra responsabilità precontrattuale, vizi del volere e rescissione, e sulla scorta delle nuove acquisizioni circa il ruolo e la portata della clausola generale consegnata all'art. 1337 c.c. si è notato come questa operasse in qualche misura in modo complementare rispetto alle regole di validità. L'apice di questo sforzo dottrinale si può identificare con la già menzionata tesi dei vizi incompleti del contratto, che pare il caso di esporre sia pur con brevità.

La teoria muove dalla premessa per cui il legislatore, disegnando il perimetro della regole di validità avrebbe delineato una disciplina eccessivamente rigida e tale, cioè, da non attribuire una tutela invalidatoria, in ispecie nella forma dell'annullabilità, ad un ampia gamma di situazioni in cui i regolamenti contrattuali «pur non presentando anomalie sul piano della struttura dell'atto, si rivelano non conformi agli interessi cui l'operazione economica è preordinata e, comunque, appaiono il frutto di una scelta non completamente libera e consapevole di uno dei contraenti»[515]. Libertà e consapevolezza, più in particolare, menomate dall'intervento di un «abuso nella fase che precede la conclusione del contratto»[516], concretizzatosi, ad esempio, in una condotta scorretta, ma non tale da integrare gli

[514] La voce enciclopedica di CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1266 ss., è quanto mai significativa in questo senso, dando esattamente la sensazione di segnare il passaggio da una stagione ad un'altra nella concezione della responsabilità precontrattuale. Aprono la seconda fase dell'art. 1337 c.c. le opere di COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 71 ss.; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, v. ad es. p. 58; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit.; G. PATTI-S.PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. da 5 a 9, e 191 ss.

[515] M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti»*, cit., p. 1.

[516] M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti»*, cit., p. 3. Più in generale si v. però anche CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, cit., *passim* e spec. l'*Introduzione*.

estremi del dolo o della violenza, o in una condotta di conoscenza e approfittamento di un errore in cui la controparte sia incorsa, o di sfruttamento di una minorata resistenza dell'altro contraente, derivante da una sua fragilità, o dalla posizione di supremazia in cui si trovasse la propria controparte. Si tratta di fattispecie, tutte quante, in cui codesto tipo di abuso sembra contrastare con la regola posta dall'art. 1337 c.c. ma che allo stesso tempo non è sussumibile in alcuna delle ipotesi tipiche di vizio per la mancata ricorrenza di tutti gli elementi normativamente richiesti per l'integrazione della fattispecie. In questo senso, dunque, si discorre di vizi «incompleti».

La tesi prosegue nel proprio itinerario argomentativo, chiedendosi quale sanzione giuridica l'ordinamento debba approntare a fronte di tali ipotesi, e pone a premessa un postulato del diritto contrattuale fatto proprio dalla dottrina tradizionale, ossia il principio di distinzione fra regole di validità e regole di buona fede.

Le prime, si dice, sono statiche, dirette s'intende a verificare «l'oggettiva conformità del concreto regolamento d'interessi allo schema legale»[517], mentre le seconde presenterebbero carattere dinamico, essendo volte a regolare le modalità di condotta dei contraenti nell'esercizio dei poteri a loro attribuiti dall'ordinamento.

Da tale principio la dottrina aveva, per lo più, desunto come: (I) da un lato la violazione della regola di buona fede (nel nostro caso la violazione dell'art. 1337 c.c.) non potesse comportare alcuna conseguenza sul piano della validità dell'atto; (II) dall'altro lato si era anche affermato come, risolto positivamente il giudizio di validità del contratto, eventuali scorrettezze commesse nella fase formativa sarebbero state assorbite e rese irrilevanti dalla forza di legge che lo stesso aveva acquisito[518].

La teoria dei vizi incompleti, tenuto fermo il primo corollario del principio di distinzione, ritiene, invece, proprio alla luce dell'evoluzione subita dalla regola di buona fede, di poter sovvertire il secondo. Proprio perché, si è affermato, le regole di buona fede e quelle di validità operano su piani diversi, ciò sta a significare

[517] M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 5.

[518] M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 7 ss. Per maggiori approfondimenti bibliografici si rimanda all'opera indicata.

che «l'esito positivo del giudizio di validità…non implica un corrispondente e quasi automatico giudizio di irrilevanza - sul piano risarcitorio - delle scorrettezza e slealtà precontrattuali, che abbiano contribuito a dar vita ad un regolamento di interessi pregiudizievole per una delle parti»[519].

La tesi viene confermata facendo aggio sulla previsione normativa del dolo incidente consegnata dall'art. 1440 c.c., e dalla quale si desume, appunto, come tutela risarcitoria e validità dell'atto pregiudizievole possano convivere. Constatata, attraverso un'analisi storica e comparativa, la riconducibilità del dolo incidente alla violazione della regola di buona fede *in contrahendo*, si ritiene di poter affermare come la figura sia non già una fattispecie eccezionale, quanto piuttosto l'espressione di un principio generale: il contraente che subisce la condotta scorretta del proprio partner contrattuale nelle trattative e nella formazione del contratto, può invocare la tutela risarcitoria concessagli dall'art. 1337 c.c. anche lì dove nessuna forma d'invalidità venga in rilievo.

Delineata questa regola - vista, ripetesi, come risvolto del principio di distinzione - si procede ad una sua progressiva delimitazione. La nozione di vizio incompleto si affina, allora, riferendosi a «situazioni…in cui l'assetto d'interessi che risulta dal contratto si rivela in qualche modo squilibrato a danno di uno dei contraenti, in ragione della condotta scorretta *in contrahendo* del *partner*, che superi, a sua volta, la soglia di irrilevanza connessa ai rischi del traffico contrattuale»[520]. Dovendosi avere riguardo, in particolare «al grado di "incompiutezza" della fattispecie viziata [alla] misura della scorrettezza, [all'] entità del pregiudizio che ne è derivato»[521]. Chiaramente quando si discorre di vizi incompleti, alludendo l'espressione a casi di violazione di una clausola generale, si utilizza una formula per lo più descrittiva, che non impone di individuare un insieme di fattispecie tipiche o predeterminabili. In via esemplificativa se ne indicano alcune normativamente previste: oltre alla regola sul dolo incidente, quelle consegnate dagli artt. 1812, 1821 e 1494 c.c. Altre ricavate in via interpretativa,

[519] M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 288. In realtà, come si dirà oltre, questo modo d'intendere il principio di distinzione era già proprio di gran parte della dottrina tradizionale.

[520] M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 290.

[521] M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 291. La tesi, sul punto, è debitrice del pensiero di RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 151.

trattandosi: dell'errore sul motivo riconosciuto o riconoscibile; del *dolus bonus* e del dolo omissivo, oltre che della c.d. reticenza colposa; della minaccia o pressione debole o dell'approfittamento di timore; delle incapacità "deboli"; della lesione *infra dimidium*. A ciò si aggiungono errore e violenza incidenti, una volta ricondotti all'area della validità.

Se si eccettua il caso dei vizi incidenti, sarà facile notare come l'area dei vizi incompleti si collochi nella medesima "zona di confine" di vizi non nominati che l'*unfair exploitation* si presterebbe ad emendare. Anche la teoria dei vizi incompleti diviene, dunque, una modalità di repressione degli abusi intercorsi a danno della parte "debole" nella formazione del contratto[522].

E, va soggiunto, tale convinzione sarebbe viepiù rafforzata ove si ponga a mente al particolare atteggiarsi, secondo la teoria che si è andati esponendo, del rimedio risarcitorio. Una volta chiariti i presupposti dell'*an* di tale rimedio, si è proceduto difatti a elaborare anche una nuova prospettiva circa il *quantum* cui commisurare il risarcimento del danno, contestando la tesi che lo vede limitato al solo interesse negativo[523]. Limite giustificato, si è osservato, solo lì dove l'ambito di applicazione dell'art. 1337 c.c. sia confinato alle ipotesi in cui la trattativa non ha condotto alla stipula di un contratto, o ha condotto alla stipula di un contratto invalido. Ma da superare, invece, ove si accerti l'esistenza di un vizio incompleto, dovendo il risarcimento commisurarsi al pregiudizio «causalmente connesso alla trattativa scorretta», ossia a «quel risultato economico che avrebbe conseguito qualora la trattativa fosse stata improntata ai canoni di lealtà e correttezza». Ciò significando, in definitiva, che funzione del risarcimento del danno diviene quella di «correggere l'equilibrio economico del regolamento contrattuale» compensando «*ab externo* uno squilibrio dei valori economici-monetari dello scambio»[524].

[522] L'osservazione è anche di D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., p. 15 ss., prendendo specificamente in considerazione l'art. II- 7.207 del DCFR. (*Unfair exploitation).* L'a., con un periodare non del tutto persuasivo, dapprima nega l'innovatività della figura ritenendola nota al nostro ordinamento perché inclusa nei vizi tipici o nel raggio operativo dell'art. 1337 c.c., ove, gli uni e l'altra, siano interpretati estensivamente. E tuttavia, successivamente (p. 34 ss.) nega che tali interpretazioni estensive siano praticabili, risultandone esiti anzi «logicamente contraddittori…ma (spesso)…anche controfunzionali».

[523] M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 173 ss. e 182.

[524] M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 291 s.

Se al contraente pregiudicato dal contratto, dunque, non è concesso di eliminarlo dal mondo giuridico facendone valere l'invalidità, è concesso quantomeno eliminarne le conseguenze dannose dallo stesso prodotte tutte le volte in cui il pregiudizio patito abbia carattere patrimoniale.

### 3.1.7. Gli avalli giurisprudenziali e la responsabilità da contratto valido ma sconveniente.

La tesi sopra riferita e volta a riconoscere una generale compatibilità fra conclusione di un contratto valido e responsabilità precontrattuale, ha, come si diceva, trovato - e continua a trovare - significative adesioni nella giurisprudenza, anche di legittimità. Il primo caso fu, come noto, relativo ai contratti d'intermediazione finanziaria conclusi in violazione degli obblighi informativi posti a tutela (del miglior interesse) dei clienti e dell'integrità dei mercati, dal d.lgs. 58/1998 (T.U.F.). Si era posto, in particolare, il problema di stabile le conseguenze giuridiche della violazione dei suddetti obblighi, qualora la stessa fosse intervenuta nella fase prodromica alla stipula del contratto d'intermediazione (c.d. contratto quadro).

Mentre la giurisprudenza di merito propendeva per la nullità radicale, la Cassazione, in ispecie a partire dalla pronuncia n. 19024 del 2005 (c.d. sentenza Marziale) si orientò per il solo rimedio risarcitorio. Si osservò, in particolare, come «l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c…assume il valore di clausola generale, il cui contenuto…certamente implica il dovere di trattare in modo leale…fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto» cosicché la sua violazione assume rilievo «anche quando il contratto posto in essere sia valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto»[525]. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, due anni più tardi, hanno ribadito tali conclusioni, ritenendo di appoggiarsi, fra l'altro, proprio sul principio

[525] Per maggiori indicazioni si fa rinvio alla nota 476.

di distinzione fra regole di validità e regole «di comportamento», riconoscendo l'autonomia reciproca dei due giudizi[526].

Non senza ragioni si è parlato, in questi casi, di un plauso più apparente che reale alla teoria dei vizi incompleti, sottolineando come, nei casi citati l'affermazione delle Corti costituisse un mero *obiter dicutum*[527]. Ma soprattutto, va rilevato, gli obblighi precontrattuali violati, in quei casi, avevano fonte in disposizioni di legge puntuali e dunque non rinvenivano nell'art. 1337 c.c. che un fondamento remoto, o comunque indiretto, ma non tale, in ogni caso, da asseverare un'avvenuta liberazione *della clausola generale* dalle strettoie in cui era confinata.

Altre pronunce, intervenute successivamente, hanno smentito questa lettura riduttiva delle sentenze in oggetto. Basti pensare, fra le più celebri, a Cassazione civ. sez. III, 08.10.2008, n. 24795, che ha ricondotto il risarcimento del danno a favore di una società addivenuta alla stipula di un contratto di *leasing* svantaggioso, a causa del comportamento mendace del proprio *partener* contrattuale[528], o alla più

[526] Il riferimento è alle ben note sentenze Rorford (Cass., S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725) per le quali si rinvia alla nota 477. Può notarsi come, nelle pronunce da ultimo richiamate, il riferimento al principio di distinzione sebbene suggerito da un'autorevole dottrina (ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp*., 2006, 25 ss., spec. 31) a commento della Sent. Marziale, non sia parso a molti persuasivo. Si è così (D'AMICO, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari tra regole di validità e regole di responsabilità*, in AA.VV., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore* (a cura di A. Plaia), Milano, 2008, p. 45 ss.; ID, *Nullià virtuale- nullità di protezione (variazioni sul tema della nullità)*, in *Contratti,* 2009, 7, p. 732 ss.) fatto notare come il principio occorrerebbe a decidere se dalla buona fede *in contrahendo* possano scaturire conseguenze invalidatorie sul contratto frutto di una scorrettezza, ma si rivelerebbe, viceversa, indebitamente richiamato lì dove si tratti (ed era il caso che avevano di fronte a sé le S.U.) di stabilire il rimedio applicabile nel caso di violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c. comma 1°. La precisazione, è da ritenere, è corretta, ma ove si ammetta che il criterio da applicare, nel caso dell'art. 1418 c.c., sia quello della direzione del divieto come in precedenza illustrato, le differenze si stemperano, venendo, i due giudizi, a sovrapporsi (né potrebbe essere diversamente, dato che anche la buona fede è norma imperativa di condotta). Si v. al proposito anche la convincente e chiara ricostruzione operata, su questi temi, da R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* (a cura di Pagliantini), Torino, 2010, 304 ss.

[527] D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è )*, in *Giust. civ*., I, 2014, p. 202 ss.

[528] Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it*., 2009, annotata adesivamente da E. SCONDITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*. Nel caso l'obbligo informativo violato era relativo alla sospensione di alcune agevolazioni fiscali, di cui invece si era assicurata l'operatività. La cassazione ha ritenuto,

recente Cass., Sez. I civ., 23.03.2016, n. 5762 intervenuta sempre in un caso di violazione di obblighi informativi, ricavati, stavolta, dall'art. 1337 c.c.[529]

Di vizi incompleti ha parlato esplicitamente la Suprema Corte, nella pronuncia relativa alla controversia fra Cir e Fininvest. Nel caso - che pur presenta indubbie particolarità - si è riconosciuto con chiarezza che « l'azione di risarcimento danni ex art. 2043 c.c. per lesione della libertà negoziale è esperibile allorché ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative contrattuali - nella specie, finalizzate alla stipulazione di una transazione - che abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la parte che abbia subìto le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido, ovvero, nell'ipotesi di invalidità dello stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali»[530].

---

riconoscendo il risarcimento del danno, di parametrare il *quantum* all'interesse positivo, e cioè, nell'ottica della Corte, al beneficio fiscale non conseguito. Si v. al riguardo, anche le osservazioni critiche di DE NOVA, *La rettifica del contratto sconveniente mediante il risarcimento del dann*o, in *Resp. civ. e prev*., 2015, p. 1789 ss. e di GRANELLI, *Gli obblighi informativi*, cit., p. 1200 ss. ed in particolare nota 12. Critico nei confronti della sentenza in parola, ancora, D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?,* cit., p. 203 ss. il quale invocava, nella specie, l'applicazione dell'annullamento per dolo omissivo (figura che però viene definita dallo stesso A. come un'evidente forzatura, ivi, e nota 22, così che l'A. suggerisce alla Corte di forzare la logica dei vizi del volere, piuttosto che riconoscere il risarcimento del danno in caso di conclusione di un contratto ritenuto valido).

[529] Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762 in *Corr. giur*., 2016, 12, 1517 nota adesiva di C. SCOGNAMIGLIO. Recita la massima: «la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative assume…anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido ma risulti pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto altrui. Pertanto, la circostanza che il contratto sia stato validamente concluso non è di per sé decisiva per escludere la responsabilità dell'altra parte, qualora a questa sia imputabile, sulla base di un accertamento di fatto, l'omissione di informazioni rilevanti, nel corso delle trattative, le quali avrebbero altrimenti, e con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contenuto del contratto».

[530] Trattasi di Cass. civ., 17 settembre 2013, n. 21255, per maggiori indicazioni si rinvia alle approfondite note di commento di DI MAJO e PIRAINO in *Europa e dir. priv*., IV, 2013, p. 1097 ss. Va peraltro rilevato come la vicenda non si presenti particolarmente adeguata, ad avviso di chi scrive, per i temi di cui si sta trattando. La complessa vicenda può essere sinteticamente riassunta ricordando che qui il contratto pregiudizievole (la transazione) era stato concluso dalla Cir, trovandosi, questa, in una posizione di forza negoziale indebolita per l'effetto di una sentenza sfavorevole, ottenuta però tramite la corruzione di un giudice da parte di Mediaset. Si fatica, dunque, a ritenere che la corruzione possa essere intesa alla stregua di una scorrettezza intervenuta nel procedimento formativo del contratto di transazione, radicandosi invece più a monte rispetto a quella trattativa. Sì che non sembra il caso di parlare di responsabilità precontrattuale, ma piuttosto, volendo usare l'espressione di Roppo, di responsabilità *pericontrattuale*, da ricondurre, più correttamente, e come del resto accade nella sent. cit., all'alveo dell'art. 2043 c.c. (ma si v. oltre alle note citate, ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità "pericontrattuale". Dialogo con Giorgio De*

### 3.1.8. Le ragioni per rimeditare la tesi dei vizi incompleti. La tesi di D'Amico.

La tesi che postula una compatibilità tra conclusione di un contratto valido e responsabilità precontrattuale trova, come visto, un crescente consenso nella giurisprudenza, e sembrerebbe essere avallata dalla gran parte della dottrina[531]. Potremmo essere indotti a ritenere di aver trovato quello che si andava cercando. Il contratto sfruttatorio, nel nostro ordinamento non forma oggetto di una fattispecie tipica, ma è disseminato in varie norme disciplinanti i vizi tipici. Le zone lasciate sguarnite da questi saranno colmate dall'operare dell'art. 1337 c.c.: il contraente debole sarà vincolato al contratto pregiudizievole, ma l'equilibrio di questo sarà corretto, *ab externo*, col rimedio risarcitorio.

Sembra opportuno soffermarsi, tuttavia, sulle voci critiche che hanno messo in dubbio l'ammissibilità della tesi e, in particolare, sul pensiero di D'Amico[532]. L'indubbia autorevolezza di quest'ultimo autore e la persuasività, per molti aspetti, delle tesi che egli esprime sembrano difatti costituire la più decisiva ragione di "resistenza" rispetto al ruolo oggi per lo più riconosciuto alla buona fede *in contrahendo*.

L'autore, in particolare, condivide il punto di partenza fatto proprio dalla teoria dei vizi incompleti del contratto, ossia il principio di distinzione fra regole di

---

*Nova a margine della Sentenza di cassazione sul lodo Mondadori*, in *Resp. civ. e prev*., I, 2014, p. 19 ss.).

[531] In realtà, come si preciserà, l'orientamento in parola non pare essere affatto nuovo, o, comunque, non è meno tradizionale dell'opposta visione. Lo dimostra, se non altro, il fatto che il novero delle opere dottrinali che, a parte D'Amico, contestano la tesi dei vizi incompleti sia abbastanza scarno. In tempi più recenti si v. comunque, a favore della tesi dei vizi incompleti a titolo esemplificativo, FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ*., 2006, p. 295 e ss.: C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in caso di contratto validamente concluso*, in *Corr. Giur*., 12, 2016, p. 1517 ss.; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 229 ss.

[532] La tesi, formulata originariamente nella monografia *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., *passim*, è stata poi a più riprese confermata dall'A. in parola (ad es. ID *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?* cit.; ID*, Nullià virtuale- nullità di protezione (variazioni sul tema della nullità)*; ID, *Nullità non testuale*, cit., ID, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in Riv. dir. civ., I, 2002, p. 37 ss.). La critica dell'A. si dispiega nello specifico avverso la tesi appena esposta di MANTOVANI, non tenendo conto, pare, che quest'ultima costituisce (certamente la formulazione più chiara e netta ma) di una linea di pensiero che a pieno titolo può definirsi tradizionale.

validità e di correttezza nella formazione del contratto, principio che non accoglie come un postulato, ma di cui cerca di indagare il senso più profondo.

Anzitutto, dunque, viene individuata la funzione delle norme di validità. Si afferma, in primo luogo, come le norme di validità presentino natura eminentemente formale, nel senso che «i criteri da esse espressi - attenendo alla struttura del fenomeno (negoziale)- sono per lo più…posti esplicitamente dal legislatore» cosa che non avviene per definizione nelle norme di correttezza, atteggiandosi, queste ultime, come clausole generali «il cui contenuto precettivo non è direttamente indicato dalla legge, ma si desume da forme sociali tipizzate alla stregua di *standards* comportamentali»[533]. Se ciò è vero, si sostiene, non può ammettersi un'interpretazione delle norme giuridiche tale da far prevalere valutazioni di buona fede o equitative sulle valutazioni e sulle costruzioni logico formali giacché ne risulterebbe diversamente smarrita «la necessaria nettezza di contorni, garanzia incontestata di certezza nel trattamento dei fatti giuridici»[534]. Le norme di validità, dunque, per la funzione che assolvono, non possono tollerare l'interferenza di criteri morali. Ma ciò, si avverte, non nel senso che esse non esprimano anche criteri di ordine equitativo o di giustizia sostanziale, ma piuttosto nel senso che questo tipo di valutazioni rileva «in quanto (e nella misura in cui) sia stato esplicitamente "formalizzato" (dal legislatore) nella disciplina della regola di validità»[535].

Le norme di validità, in altre parole, essendo volte a garantire la certezza dei fatti giuridici, non tollerano interpretazioni tali da alterarne i contorni e a renderne incerto l'ambito applicativo, nemmeno in nome di criteri *lato sensu* equitativi, quali quelli espressi dalle clausole generali. Dal che discende, evidentemente, come le norme recanti regole di validità debbano essere interpretate quanto più fedelmente possibile rispetto al dettato legislativo, e dunque applicate sulla base di criteri eminentemente concettuali. Il che non avviene, va da sé, per le clausole generali lì dove non funziona il meccanismo della sussunzione, dovendo l'interprete volta a volta creare la regola per il caso concreto. La violazione della regola di buona fede

[533] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 9 s.

[534] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 41, citando peraltro PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento,* cit., p. 96.

[535] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 42 s.

*in contrahendo,* dunque, non può riverberare alcuna conseguenza sul piano della validità dell'atto. La decisione sulla esistenza o non esistenza dello stesso, in quanto fatto giuridico, non può essere nelle mani dell'interprete in sede di concretizzazione della clausola generale.

Ma se ciò è vero, secondo la tesi in esame, dovrebbe postularsi anche l'inammissibilità di qualunque interferenza del giudizio di correttezza su quello - positivamente risolto - di validità. «Non è, infatti, contraddittorio» ci si domanda «che l'ordinamento riconosca effetti favorevoli per una persona e insieme ponga a carico di questa, in dipendenza dal medesimo fatto, una responsabilità?»[536]. Ed ancora «in che modo potrebbe dirsi garantita l'esigenza di "certezza", se la parte che ha agito entro i limiti delle regole di validità poste dall'ordinamento potrà vedersi chiamata al risarcimento del danno?». Così opinando, difatti, non può non vedersi il rischio di ridurre il principio di distinzione ad un'affermazione nominalistica, ma che non ha, in concreto, degli effettivi risvolti pratici. Lo conferma, secondo l'autore, proprio la dottrina dei vizi incompleti del contratto che nei suoi esiti, come si è visto, postula che la responsabilità risarcitoria occorra esattamente a correggere, sebbene solo sotto il profilo economico, le ipotesi di contratto valido ma sconveniente. Il che allora significa dare incontrollato accesso alla possibilità di «modificare (ad opera del giudice) il regolamento d'interessi stabilito dalle parti»[537].

L'approdo è in definitiva chiaro: il perimetro tracciato dalle regole di validità vale anche a segnare il grado di correttezza richiesto dai contraenti nella formazione del contratto. Non esistono vizi incompleti, aree "di confine", aree "grigie", esistono, invece, istituti giuridici trasfusi in regole di fattispecie dai contorni netti, che segnano il confine non solo tra ciò che è valido e ciò che invalido, ma su ciò che è reputato corretto o non corretto fare.

---

[536] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 248, cui è riferita anche la citazione che segue. Come si chiarirà nel prosieguo, D'Amico citava qui un'affermazione di PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento,* cit., p. 102, con la quale l'A. da ultimo menzionato poneva a se stesso un'obiezione alla tesi che si accingeva a formulare, tesa a provare che dalla violazione dell'art. 1337 c.c. potesse sorgere un rimedio risarcitorio non ostante la validità del contratto. Il fatto è che, non solo Pietrobon superava questa obiezione, ma più ancora che l'obiezione stessa era funzionale a chiedersi non già se il risarcimento dovesse essere negato, ma se non dovesse concedersi un rimedio invalidatorio in dipendenza dalla "sola" violazione della buona fede.

[537] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 249.

Si potrebbe dire, insomma, che le regole di validità costituiscano la «*charta libertatum*» di chi si muove nell'ambito del diritto privato, avendo, il singolo «il diritto di sapere quello che può o non può fare senza esporsi al risarcimento del danno»[538].

Questa visione, riteniamo, non può essere trascurata, e dunque una riflessione più profonda sul senso del principio di distinzione s'impone.

### 3.1.9. Le recenti proposte di riforma del Codice civile.

Vi è un'altra decisiva ragione che impedisce di ritenere oramai consolidata la teoria dei vizi incompleti, che proviene da una recente proposta di modifica del tessuto normativo del codice civile.

I temi che si stanno trattando, difatti, dovrebbero essere oggetto di una profonda rielaborazione. Il 19 marzo 2019, è stato presentato alle camere un D.d.l., contenente una delega al governo, finalizzata all'introduzione, fra le tante, delle seguenti modifiche al Codice Civile[539]: «f*) prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto*».

Il disegno di legge in questione presenta una proposta di modifica, come si vede, assai incisive, e ciò proprio a cominciare dalla lettera f), volta all'introduzione nel tessuto del Codice di un inderogabile obbligo informativo, concernente però solo informazioni di carattere determinante per il consenso, e da adempiere solo lì dove l'altra parte tali informazioni ignori, ed abbia fatto affidamento sulla lealtà della controparte. Non è mai oggetto dell'obbligo di informazione - nel linguaggio del D.d.l. - il valore dell'oggetto del contratto.

---

[538] L'espressione è mutuata da D'Amico da G. CIAN*, Antigiuridicità e colpevolezza*, Milano, 1966, p. 154. L'A., ovviamente, si riferiva a tutt'altro campo del diritto privato.

[539] Leggiamo dal link http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/342884.pdf. Per un primo commento alle modifiche di cui si discorre, si v. BALESTRA, CUFFARO, SCOGNAMIGLIO, VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur*.,V, 2019, p. 589 ss.

La relazione che accompagna il D.d.l. giustifica la previsione dell'obbligo in questione discorrendo a tal proposito dell'obiettivo di colmare una «una riconosciuta lacuna dell'attuale sistema codicistico della responsabilità precontrattuale quale risultante dagli articoli 1337 e 1338 del codice civile»[540], lacuna da ritenersi esistente, si precisa, nonostante la dottrina e la giurisprudenza si siano già mosse per colmarla.

Le delimitazioni dell'obbligo di informazione - che la relazione "sdoppia" in due gruppi: quelle "di rilievo", e quelle "determinanti per il consenso" - vengono giustificate con l'obiettivo di bilanciare l'obbligo di informare e l'onere di informarsi, e con la necessità di prevenire condotte negligenti e affidamenti ingiustificati. Il modello preso a riferimento dal Governo, chiaramente, è il novellato art. 1112 del *Code civil*, (copiato quasi alla lettera)[541].

L'introduzione dell'obbligo di informazione quale quello ipotizzato avrebbe prevedibilmente i seguenti effetti: I) in dottrina si animerebbe un dibattito fra chi oggi sostiene la capacità dell'art. 1337 c.c. di far sorgere obblighi informativi e chi la nega: entrambi sosterrebbero le proprie ragioni accentuando rispettivamente il carattere recettivo del "diritto vivente" della novella, o quello innovativo; II) si innescherebbe il dubbio sull'estensione della stessa clausola generale. Chiaramente vi sarebbe chi, positivizzati gli obblighi informativi, si impegnerebbe a negare che obblighi di altro genere possano sgorgare dall'art. 1337 c.c.

Il D.d.l., dunque, vale a dimostrare come, nonostante le posizioni della dottrina e della giurisprudenza più recenti circa l'ampiezza ed il significato della

[540] Citiamo dalla *Relazione*, p. 9.

[541] La norma in questione è comunque ben più articolata, la si riporta per comodità:

«(1) Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. (2) Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. (3) Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. (4) Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. (5) Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. (6) Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants».

clausola generale di buona fede recata dall'art. 1337 c.c., il dibattito intorno a questi temi non possa dirsi sopito. Si giustifica, dunque, un loro esame più approfondito.

Il che vale, tanto più, per il collegamento che si è a più riprese evidenziato, fra violazione della buona fede *in contrahendo* e vizi del volere. Nella relazione al D.d.l., si afferma, difatti, come l'introduzione dell'obbligo informativo ipotizzato, teso a colmare una lacuna dell'art. 1337 c.c., avrebbe anche l'effetto di «completare…la tutela tradizionalmente assicurata in ambito contrattuale in caso di dolo, quale vizio del consenso e causa di invalidità del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile o quale fonte di responsabilità ai sensi dell'articolo 1440 del codice civile. La disciplina dettata dal disegno di legge risulta innovativa sol che si consideri che entrambe tali ultime norme sono interpretate come escludenti dal loro ambito di operatività le condotte omissive reticenti, alla stregua della prevalente giurisprudenza civile che – malgrado le ben più variegate interpretazioni dottrinali, volte ad ampliare l'ambito applicativo del dolo omissivo – continua a richiedere condotte commissive, connotate da malizia o astuzia integranti i raggiri»[542]. Inserendo l'obbligo di informazione nell'ambito dell'art. 1337 c.c., insomma, si codificherebbe anche il dolo omissivo, non solo determinante, ma anche indicente come si vede. Sul punto sorgono, fra le tante, due perplessità.

La teoria dei vizi incompleti, così come la giurisprudenza (peraltro citata nella Relazione), già ammettono che l'omissione di informazioni rilevanti possa essere contraria al dovere di buona fede e dunque fonte di responsabilità risarcitoria. In pari tempo, tuttavia, si nega che, per ciò solo, la medesima omissione rilevi alla stregua del dolo come vizio del volere. I due aspetti, insomma, stanno su binari completamente diversi. Con ciò, dunque, non è chiaro se il Governo sia incorso in una svista o se invece intenda intervenire anche sul terreno del dolo[543].

[542] *Relazione*, p. 10.

[543] Come è accaduto, difatti, nell'ordinamento francese, lì dove ad oggi è previsto, all'art. 1137 comma 2° c.c. *Code civil* un ampliamento del raggio operativo dell'invalidità per dolo (si v. per approfondimenti DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contr. e impresa*, 2018, p. 96 ss) . Recita la norma: «(1)Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.(2) Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. (3) Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation».

Ma poi, anche ove si volesse ammettere che l'omissione di informazioni rilevi come dolo omissivo - magari sulla base della considerazione per cui non informare equivale a indurre in errore - si dev'essere consapevoli che l'aver introdotto l'obbligo di fornire informazioni *determinanti* per il consenso, non consentirà, poi, di poter parlare di dolo omissivo *incidente*.

Tutto ciò rende palese come i temi di cui si sta trattando, richiedano ulteriori rimeditazioni, tanto sulla portata dell'art. 1337 c.c., tanto sul rapporto fra regola di validità e regole di responsabilità.

Un'ultima osservazione, in questo contesto, merita un passo della Relazione, inserito a commento delle modifiche proposte alla lettera i). Discorrendo delle sopravvenienze contrattuali, si ricorda giustamente come il nostro codice contenga la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, e se ne sottolinea l'insufficienza. Non si comprende come in quest'ambito, però, si sia sentita la necessità di precisare che «gli spazi riconosciuti per l'intervento giudiziale correttivo dell'equilibrio contrattuale concordato tra le parti sono molto limitati… esso è ammesso nell'ipotesi di riduzione della penale e nel caso di nullità della caparra confirmatoria eccessiva (quest'ultima invalidità, come configurata, tra l'altro, dalle ordinanze della Corte costituzionale n 248 del 24 ottobre 2013 e n. 77 del 2 aprile 2014, per contrasto della clausola con il precetto dell'articolo 2 della Costituzione, che «entra direttamente nel contratto in combinato contesto con il canone della buona fede»), ma si connota per avere effetti caducatori, e non manutentivi della clausola»[544].

Anche qui, a non voler essere eccessivamente capziosi nell'interpretare un D.d.l. ancora allo stato embrionale, si potrebbe pensare ad una svista, o ad uno zelo eccessivo in chi ha redatto la Relazione. Ci si premura poi di precisare, difatti, che la proposta di modifica introduce rimedi solo per il caso di squilibrio economico del contratto sopravvenuto rispetto alla stipula, e non anche genetico. Quel caso, si afferma, può rilevare nei casi di rescissione, «di cui agli articoli da 1463 a 1466 del codice civile»[545].

[544] *Relazione*, p. 12.

[545] *Relazione*, p. 12, ovviamente si tratta di un refuso, essendo la rescissione altrove discipinata.

Viene da chiedersi, tuttavia, come sia possibile che la portata della buona fede di cui all'art. 1337 c.c. sia messa in discussione, mentre si accetti senz'altro come condivisa la presa di posizione isolata della Corte costituzionale relativamente ad una buona fede "demolitoria"[546], di cui non v'è traccia fra l'altro nel Codice civile.

Senza dire, poi, che lì dove effettivamente le tesi della Corte Costituzionale diventassero diritto positivo, e dunque si ammettesse che l'invalidità contrattuale possa discendere dalla contrarietà alla buona fede, bisognerebbe prendere atto che con ciò si inserirebbe nel tessuto normativo del Codice un vero e proprio buco nero, in grado di assorbire in sé e cancellare interi segmenti di disciplina positiva, compresa quella che dovrebbe essere novellata[547].

## SEZ. II. LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE IN CASO DI CONTRATTO VALIDO. FONDAMENTO NORMATIVO E IPOTESI APPLICATIVE.

### 3.2.1. La buona fede come clausola generale.

A chiusura della precedente sezione si è posto, in buona sostanza, un interrogativo, semplice nella sua formulazione, ma la cui soluzione è tutt'altro che agevole: quali siano le condotte capaci di dar luogo a responsabilità precontrattuale, e, di conseguenza, che cosa s'intenda per comportamento secondo buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto.

Tentare di dare risposta ad un quesito tanto complesso implica che si faccia un passo indietro, indagando il fenomeno in una prospettiva più ampia, chiedendosi che cosa s'intenda per clausola generale, per poi discendere, più nello specifico a guardare il ruolo svolto dalla buona fede *in contrahendo*.

È opinione diffusa che col termine clausola generale si faccia riferimento ad un concetto valutativo, contenuto in una norma giuridica, la quale tuttavia non ne

[546] Si usa l'espressione di PARDOLESI, *Un nuovo super potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it*., 2014, p. 2039 e ss.

[547] Si condividono, in particolare, le valutazioni espresse da D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, in *Contr.*, 2014, p. 926 e ss.

determina in modo analitico i criteri applicativi, essendo questi da ricavare facendo ricorso a norme sociali, cui la norma giuridica fa rinvio in modo vago[548].

Guardata dal punto di vista della tecnica legislativa, dunque, la norma contenente una clausola generale non presenta una fattispecie astratta delineata in tutti i suoi elementi costitutivi- di modo che, data la fattispecie concreta, possa poi operare il meccanismo della sussunzione - bensì un frammento di norma, che però fornisce all'interprete una direttiva, una *misura* per la ricerca della regola da applicare al caso concreto. La misura di cui si discorre è ritraibile facendo riferimento ai c.d. *standards,* da intendere quali «comportamenti, opinioni, aspettative sociali…indicati al giudice quali parametri di valutazione normativa»[549].

La clausola generale implica, dunque, l'arduo compito di decidere il caso concreto guardando (anche) al di là del dettato normativo, ed indagando i modelli di comportamento in vigore nella realtà sociale. Come il recepimento degli *standards* debba avvenire è assai dibattuto da sempre. In linea di massima può dirsi che secondo un consistente filone dottrinale il recepimento debba avere la forma del rinvio recettizio. Al giudice sarebbe dato il compito di rinvenire prima la norma sociale, e una volta fatto ciò, porla a premessa maggiore del ragionamento per la decisione del caso concreto, ragionamento che continuerebbe dunque ad avvalersi del metodo sillogistico[550].

Per altri, invece, tale procedimento - fatto come si vede di due passaggi - sarebbe logicamente inconfigurabile, non potendo la regola sociale essere concettualizzata e scissa dalla realtà dalla medesima regolata. L'interprete avrebbe, dunque, soltanto una direttiva costituente una linea di riflessione, nell'ambito di un

[548] Il concetto è noto, ma si v. ad es. LUZZATI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico* (a cura di G. D'Amico), 2017, p. 21.

[549] MENGONI, *Spunti per una teoria*, cit., p. 10 ss. e 15 in particolare. Sugli standard, con accenti diversi, si v. anche FALZEA, *Gli* standards *valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ*., I, 1987, p. 1 ss., e D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In Iure Praesentia*, 1989, p. 426 ss.

[550] Di mero recepimento delle regole vigenti nella realtà sociale discorrono sostanzialmente, fra gli altri DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, sub art. 1175, p. 289 ss. e spec. 306, e più di recente, pare, LUZZATI, *Clausole generali e principi,* cit., p. 39 s.

ragionamento da compiersi in modo sintetico, ma che dovrebbe pur sempre, però, avere esito nell'individuazione di una regola per indicare un modello di comportamento enunciato in forma generalizzabile, con riferimento ad una tipologia sociale[551].

Quel che conta, si ripete, è il fatto che, in ogni caso, la concretizzazione della clausola generale deve avvenire tramite dati che non si rinvengono semplicemente in puntuali disposizioni di legge, ma al di là della stessa. Il senso delle affermazioni che sovente si rinvengono, per cui le clausole generali sarebbero un mezzo di comunicazione tra diritto positivo e realtà sociale, a ciò del resto allude[552].

Si rivela necessaria ancora una precisazione circa il riferimento agli *standards,* ai modelli di comportamento che l'interprete dovrebbe prendere a riferimento formulare la disposizione da applicare al caso concreto. Accogliere la tesi che fa del riferimento agli *standards* una sorta di rinvio recettizio, produce la conseguenza per cui ad essere presi in considerazione sarebbero i comportamenti mediamente vigenti ad un livello sociale[553]. Il che restituisce alle clausole generali una funzione di conservazione dell'esistente, non potendo il diritto imporre «regole di comportamento più avanzate rispetto alla morale corrente»[554]. Come si è osservato, tale modo d'intendere le clausole generali non sembra tenere conto del contenuto deontologico che le medesime esprimono. Lì dove il legislatore dice "*buon* costume", o "*buona* fede", non intende riferirsi ad una medietà statistica,

[551] Così MENGONI, *Spunti per una teoria*, cit., p. 14 ss.; ma si v. anche su questi temi BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. Dir*., 1988, p. 634 ss.

[552] MENGONI, *Spunti per una teoria*, cit., p. 5. Di recente è anche emersa una diversa posizione dottrinale, per cui la concretizzazione delle clausole generali dovrebbe avvenire attraverso la ricerca di valori espressi dal dettato normativo, costituendo meccanismi di "autointegrazione" dell'ordinamento. Si v. così LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in onore di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 113 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 32 ss.; VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 64 ss.

[553]Così, infatti, LUZZATI, *Clausole generali e principi,* cit., p. 43 s., ove si afferma come, introducendo una clausola generale, il legislatore sarebbe «un'autorità rinunciataria, che sceglie di non indirizzare i comportamenti accodandosi a ciò che accade». Le clausole generali, dunque, denuncerebbero un certo conservatorismo, e la propensione a mantenere lo *status quo*.

[554] MENGONI, *Spunti per una teoria*, cit.14. Si v. anche ROVELLI, *Principi, clausole generali, concetti indeterminati nell'applicazione giuriprudenziale*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico* (a cura di G. D'Amico), 2017, p. 15 ss.

essendo consentito il riferimento anche a regole di condotta più avanzate rispetto a quelle correnti. Gli *standards* a cui fare riferimento, dunque, sono «forme esemplari dell'esperienza sociale dei valori», potendo il diritto assegnarsi una funzione non solo recettiva, ma anche eventualmente direttiva del mutamento sociale, ed «educativa del costume»[555].

Il che non significa, ben inteso, che le clausole generali impongano «di diventare santi o eroi»[556], richiedendo condotte particolarmente altruistiche o mosse da benevolenza. Il legislatore si rinvolge, pur sempre, all'uomo medio, che definisce - anche qui - *buon* padre di famiglia. La direttiva imposta all'interprete, insomma, non è quella di guardare a ciò che mediamente accade nei rapporti sociali, ma a ciò che in questi è mediamente giudicato come "buono", nel senso di onesto o sensato, alla stregua di un parametro che ciascuna persona (o per meglio dire ciascun "buon padre di famiglia") può avere nella propria mente.

Il che vale anche, o forse in primo luogo, per la buona fede. Una formula che ben riassume quello che si sta tentando di dire definisce l'operare di quest'ultima nei rapporti obbligatori come «a mezza strada tra autonomia ed eteronomia»[557], nel senso che essa si limita a «filtrare i valori sociali entro la forma giuridica», ed i valori sociali, per definizione «prescindono dalla dimensione impositiva». La buona fede, insomma, indica di conformare la propria condotta a quella che è giudicata socialmente come onesta, e che come tale è conoscibile a qualunque individuo razionale.

Quando il legislatore, dunque, afferma che le parti debbono comportarsi secondo buona fede durante le trattative, bisogna pensare che egli con ciò intenda dare una direttiva all'interprete (al giudice) che impone il riferimento ad uno *standard*, e più in particolare allo *standard* di contraente corretto. Idea, questa,

---

[555]MENGONI, *Spunti per una teoria*, cit. p. 15

[556] Anche qui si cita LUZZATI, *Clausole generali e principi,* cit., p. 40. L'a. osserva come le clausole generali debbano fondare un sistema di attese sensate, di conformarsi a ciò che è giudicato ragionevole nei rapporti sociali. Il legislatore, si precisa, vieta, col riferimento agli *standard* di «*sfruttare in modo opportunistico l'altrui conformismo*». Il modello da prendere in considerazione è, dunque, «la "persona perbene"…un individuo non privo di egoismo, capace di badare ai propri interessi, *ma che sa mettersi nei nostri panni*», e aggiungiamo noi, si attende che la controparte sappia mettersi nei suoi e comportarsi di conseguenza.

[557]L'espressione, riconoscibilissima, è di CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali,* in *Riv. crit. dir. priv*., 1986, p. 29.

chiara fin da subito alla dottrina, e che ha avuto esito nelle note formule descrittive dell'agire in buona fede quale ideale «di "contegno probo leale e informato a chiarezza" di "coscienziosità, rettitudine, onestà"; di "lealtà del trattare, come abito di parlar chiaro"; di "lealtà e probità"; di "...astensione da ogni contegno che possa sorprendere la fiducia dell'altro soggetto"»[558].

Formule vaghe, senza dubbio[559], ma che sembrano almeno dare una qualche indicazione di principio. Si è lamentato, in tempi recenti, che la descrizione che la dottrina è solita dare della relazione precontrattuale sia irrealistica, oltre che irrealizzabile, essendo la formazione del contratto il terreno di scontro di interessi egoistici e confliggenti, nell'ambito del quale ciascuna parte tenderà sempre a trarre il vantaggio maggiore per sé, senza alcuna considerazione dell'interesse della controparte. Una visione delle trattative, quest'ultima, che si è definita sinteticamente *rude*, in contrapposizione con quella *rugiadosa* descritta dalla letteratura corrente[560].

Questa dottrina, ciascuno può avvedersene, ha dalla sua validissime ragioni. Essere onesti nell'ammetterlo porta a comprendere meglio le implicazioni che comporta la presenza dell'art. 1337 c.c. Vincolando le parti al rispetto della buona fede (e riconnettendo alla mala fede una responsabilità), il nostro legislatore ha imposto una visione rugiadosa delle trattative.

Ciò chiarito, ci si può ora avvicinare ulteriormente al tema che si sta trattando, guardando più da vicino la relazione precontrattuale.

---

[558] Si cita qui un gruppo di formule descrittive della buona fede *in contrahendo* raccolte da da CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1266, al quale si fa rinvio per i riferimenti bibliografici.

[559] Può notarsi come ad esiti non dissimili si pervenga anche al di fuori del contesto nazionale. Si v. ad es. ZIMMERMANN - WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 30 s. ove si ammette chiaramente come «nothing has, so far, been said about what good faith actually means. The reason for this is that not much can be said: and what can be said is not very helpful for deciding concrete cases…It suggest a standard of honest, loyal and considerate behaviour, of acting with due regard for the interests of the other party, and it implies and comprises the protection of reasonable reliance».

[560] MONATERI, *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, in D'Angelo-Monateri-Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto,* Torino, 2005, p. 57 ss.; ID, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto,* in *Riv. dir. civ*., IV, 2003, p. 409 ss.

### 3.2.2. L'agire dei privati nella relazione precontrattuale.

C'è una definizione di buona fede oggettiva che più di altre aiuta a cogliere il senso del richiamo a questa clausola generale nelle trattative e nella formazione del contratto. L'art. 1337 c.c., si è detto, è una «norma volta alla tutela dell'affidamento di un soggetto nella lealtà, nella probità, nella correttezza di un altro soggetto, con cui il primo è entrato in una relazione d'affari»[561].

Questa formula, più profonda di quanto a prima vista possa apparire, può essere interpretata alla luce del pensiero di Salvatore Romano, in un contributo pressoché coevo. Non si ha la presunzione di tradurre fedelmente il pensiero dell'A., ma soltanto di prendere spunto dallo stesso per tentare di mettere a fuoco quella che pare essere "il messaggio" che comunica la presenza dell'art. 1337 c.c. L'autore, così, ribadiva anch'egli come la normativa di correttezza non potesse definirsi propriamente come una normativa statuale, ma fosse semmai la linea di base dell'agire dei privati, presentando un'origine sociale. Il fatto che non si trattasse di una regola statuale, però, non privava certo la correttezza del carattere della giuridicità: il diritto, si osservava, la recepisce in blocco, ed in particolare nell'ambito dei rapporti obbligatori (ex art. 1175 c.c.). Questa normativa di correttezza, si prosegue, forma regole di movimento, dinamiche, che riguardano cioè «i privati mentre trattano, concludono, interpretano e eseguono»[562]. A questa normativa va contrapposta quella di origine statuale, *statica*, che detta i *requisiti degli atti* posti in essere dai privati nell'ambito del loro agire[563].

Nei rapporti contrattuali, dunque, va tenuto conto di questa dinamica, ed in particolare del fatto che l'agire dei privati, può tradursi in un determinato atto, e dunque essere riguardato attraverso le regole statiche («di efficacia»), ma è primariamente informato dalla regola di correttezza.

La dialettica fra le regole dinamiche e statiche andrebbe colta, nella visione dell'A., non concentrandosi sulle regole di fattispecie, ma su un diverso concetto

---

[561] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370.

[562] SAL. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 680, cui si fa riferimento anche per le successive citazioni. Ovviamente l'A. nell'affermazione per cui la trattativa di correttezza considera l'agire dei privati mentre trattano, concludono, interpretano, eseguono, intendeva seguire le tracce della buona fede nel Codice civile, ed in particolare agli articoli 1337, 1375 e 1366 c.c.

[563] Risulta abbastanza evidente come qui, Romano, intendesse richiamarsi al principio di distinzione fra regole di validità e di correttezza.

(invero di difficile decifrazione), cui va assegnato il nome di «procedimento giuridico» di diritto privato. Si allude con quest'espressione alla necessità di esaminare, per così dire, con un unico colpo d'occhio, «la successione degli atti di formazione e di esecuzione del negozio e, comunque, la svolgersi *di un rapporto* dalla formazione della sua fonte fino al suo concludersi»[564], ma senza perdere di vista «un criterio analitico col quale si valutano gli atti singolarmente e nel concatenamento di quello precedente col successivo». A dominare il rapporto fra le parti nell'ambito del procedimento è, appunto, la regola di buona fede.

Il che vale, in primo luogo, proprio la fase delle trattative. Essa, si precisa è contrassegnata da una tendenziale libertà delle parti, ma presieduta allo stesso tempo - sebbene in un'«atmosfera attenuata» - dallo stesso intento negoziale caratterizza la conclusione del contratto. Nelle trattative, s'intende, il dovere di buona fede è imposto, proprio perché la relazione che le parti instaurano ha una finalità ben precisa. Si tratta, cioè, di una relazione tesa alla creazione di un contratto, di un insieme di regole cui le parti saranno vincolate: una relazione d'affari[565], appunto.

La relazione precontrattuale, dunque, vive in un ambiente permeato dalla buona fede per il suo carattere ordinante, in quanto tesa, cioè, alla creazione fra le parti di un *vinculum iuris*, di un insieme di regole che poi le parti saranno tenute a rispettare, e che prenderà, fra di esse, la «forza di legge»[566].

Come si è correttamente osservato, questo carattere "ordinante" della relazione precontrattuale mette in luce i rapporti fra ordinamento e realtà sociale. Non solo, s'intende, l'art. 1337 c.c. rende giuridica, attraverso un sintetico richiamo, la normativa privata di correttezza, ma prim'ancora sono le regole di cui

[564] SAL. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 681.

[565]Si ricorderà come l'espressione sia quella utilizzata da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370.

[566] Il fatto che la buona fede sia richiamata nella fase delle trattative, mette in luce come il legislatore voglia che quella fase sia svolta secondo determinate regole, che si creano nell'ambito della relazione stessa. Questa osservazione, che i fautori di una concezione procedimentale del contratto colgono evidenziando un *continuum* fra trattative, conclusione ed esecuzione, traspare anche in altri autori. Ad es. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 142 s., discorre di «sviluppo ordinato dell'attività di progettazione di un futuro accordo» e similmente ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 364 ss., ritiene che la buona fede funga da «regola di governo di un progetto».

questa di compone che reclamano di assurgere alla giuridicità, e sono anzi percepite come giuridiche, tutte le volte in cui si sia nell'ambito di una relazione d'affari[567].

In una relazione d'affari, il rispetto della normativa di correttezza è dunque imposto già socialmente, si potrebbe dire, ad entrambe le parti. Ed è proprio questo che fonda in capo a ciascuna «la legittimità dell'affidamento nell'osservanza di questa norma di correttezza»[568] riposto nell'altra. L'affidamento, in questa prospettiva, designa null'altro che «l'esigenza di buona fede, [che dev'essere] intesa come esigenza di comportamento corrispondente ad altro comportamento conferme a correttezza»[569]. Formula questa, apparentemente ridondante, ma in realtà più che mai profonda.

Essere in buona fede significa essere all'altezza dell'altrui buona fede, e di più, conformare il proprio comportamento sulla base della considerazione che l'altra parte agirà in buona fede per essere all'altezza della nostra buona fede. In modo atecnico, ma per meglio intendersi, diciamo che in questa visione positiva dell'agire dei privati che è comunicata dal legislatore, essere in buona fede significa tenere il comportamento che ci si aspetterebbe, o si desidererebbe dalla controparte

[567]L'osservazione, che forse ha per implicito un richiamo alla stessa dottrina qui seguita, è di A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 51: «La relazione precontrattuale si connota, proprio in virtù del suo collegamento con un futuro contratto, per essere d'affari. Per tale ragione, le regole che la dominano non sono quelle dell'amicizia o della cortesia, ma sono regole che vengono percepite come giuridiche (che richiedono sanzione giuridica e che, una volta sanzionate dall'ordinamento, assorbono sul piano sociale il carattere di giuridicità)» il che poi consente di affermare anche come «Una relazione connotata dalla buona fede, e anzi da una buona fede che si proietta sulla giuridicità, può dirsi tale da creare un affidamento oggettivo nella lealtà altrui. Sul punto vanno però evitati gli equivoci: non è certo l'affidamento a creare il dovere di essere leali, ma è semmai la situazione di fatto che socialmente, e poi anche giuridicamente, fonda regole di correttezza (nel senso che corrisponde a una situazione astratta, che sul piano della coscienza collettiva è indicata come produttiva di tali regole). Se generalmente si parla di affidamento, a ben vedere, non è certo perché vi sia la necessità di far riferimento a uno stato psichico: semplicemente, si vuole differenziare questa situazione dal generale stato, per così dire, di calma aquiliana (in cui un soggetto può contare sul fatto che nessuno gli arrechi danno, ma senza che vi sia alcuna relazione attuale)».

[568] SAL. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 684, a cui è riferita anche la citazione che segue.

[569] Non si può non cogliere come Romano, sul punto, arrivasse ad una concezione della relazione precontrattuale assai simile a quella che la vedeva configurata «Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens» (BALLERSTEDT, *Zur Haftung für 'culpa in contrahendo' bei Geschäftsabschluss durch Stellvertretercit.,* cit., p. 505 ss.).

qualora si venisse a trovare nella nostra situazione[570]; va da sé che una tale aspettativa può ragionevolmente dirsi fondata solo qualora lo *standard* di contraente corretto si conformi ad un parametrò di medietà, che ciascuno può avere impresso nella propria mente.

Già questa formula indica come sia difficile, ed in buona misura illusorio, determinare *a priori* il tipo di condotta che la buona fede impone, e quello che la buona fede, invece, vieta[571].

In tal senso si osservava, però, come, sicuramente, le norme sull'invalidità, e segnatamente i vizi del volere, costituiscono anche ipotesi di violazione delle regole "dinamiche" di correttezza. Si affermava, difatti, come la disciplina di «errore, violenza, dolo, è stata normativamente tradotta non solo *nella disciplina* dei negozi ma anche in considerazione *di un momento - o fase - dominante*: quello della conclusione dei negozi»[572]. Come a dire, cioè, che i vizi del volere non sono soltanto difetti strutturali dell'atto, ma violazioni della regola che informa l'agire dei privati (la correttezza). Il legislatore, s'intende, ha dettato una «frammentaria normativa», focalizzandosi su una sequenza del procedimento (la conclusione del negozio), ed è, per il resto, «rimasto nell'incertezza».

Ma ciò non sta a significare - questo è il punto - che in quella «frammentaria normativa» la portata della buona fede (della sua violazione in particolare) si esaurisca, giacchè «*solo una parte* delle violazioni della regola di correttezza sarà rilevante in sede di conclusione del negozio sotto il profilo del dolo o dell'errore», ed anzi «ai fini della validità dell'atto non hanno molta rilevanza la maggior parte delle…violazioni» della «linea di correttezza»[573].

---

[570] Ricolleghiamo in questo modo la formula di Romano, appena ricordata, e l'espressione utilizzata da LUZZATI, *Clausole generali e principi,* cit., p. 40, per il quale il modello dell'uomo per bene è colui il quale «sa mettersi nei nostri panni».

[571] Si v. ad es. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 145, lì dove si indica come qualsiasi tentativo di tipizzazione dei doveri (per lo più secondo la dottrina: avviso, segreto, custodia cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., *passim*), sia arbitrario e dunque da evitare.

[572] SAL. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 681 (il cors. è di chi scrive). Il riferimento vale anche per le citazioni successive.

[573] SAL. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 683 (il cors. è di chi scrive). Si v. poi anche oltre a p. 686, ove discorrendo del dolo si lamenta come la dottrina tenda a dare troppa importanza, in esso, all'elemento del vizio del volere, e a non considerarlo come un «particolare profilo» della

Facendosi il discorso sempre meno astratto, Romano arrivava ad osservare come le conseguenze della deviazione dalla «linearità di comportamento»[574] che la buona fede impone di osservare in tutte le fasi del procedimento, non fossero sempre chiaramente definite dal legislatore, né dunque adeguatamente sistematizzate nella prassi: «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 un errore (spontaneo) dolo (errore provocato), violenza», ma esistono «certe situazioni…*intermedie*, in cui appare difficile rinvenire vero e proprio dolo, finiscono per condurre alla esclusione dell'impugnativa per non esservi gli estremi né di un errore provocato né di un errore spontaneo. Questa rigidità di concetti può essere attribuita al punto di partenza adottato che muove cioè da quelle figure che *rappresentano gradi di entità o qualificazioni* di un comportamento *e non dalla base* che è per l'appunto il comportamento stesso in mala fede». E difatti «un comportamento può non giungere a provocare un errore, può giungere però a giustificarlo nel quadro di una rappresentazione di elementi negoziali e di un intento in qualche modo individuabile in rapporto ad un interesse perseguito»[575].

I passaggi più salienti di questa concezione della buona fede sono, dunque, questi: I) la relazione precontrattuale è qualificata dall'essere tendente alla creazione di un ordinamento di diritto privato (d'affari), e dunque già socialmente viene percepita come sottoposta al rispetto di certe regole; II) il legislatore da un lato prende atto di ciò, facendo rinvio a quella normativa per regolare la fase delle trattative, e dall'altro impone una visione positiva dell'agire dei privati col riferimento alla buona fede; III) il che spiega il valore dell'affidamento, da intendere come aspettativa a che ciascuna parte conformi il suo comportamento alla linea di correttezza, in modo da essere all'altezza della buona fede altrui; IV) con le regole

violazione della buona fede. In realtà va detto come tale "doppia" natura del dolo fosse già stata ben messa in luce da TRABUCCHI (*Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit.).

[574] SAL. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 687, e ivi anche l'ampio stralcio di seguito riportato.

[575] Il brano riportato è stato fonte di ispirazione per una parte rilevante della dottrina successiva. Si v. ad es. M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 1; G. PATTI-S.PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard,* cit., p. 101.

"statiche" di validità, il legislatore ha selezionato le conseguenze della violazione di un frammento delle regole di correttezza, non essendo da ritenere che in queste regole il novero delle condotte scorrette si esaurisca. Questa concezione della buona fede *in contrehendo,* come detto, è quella a cui si ritiene di dover aderire. Basta questo, riteniamo, a giustificare la compatibilità fra validità del contratto e responsabilità risarcitoria.

Anzi, sembra inevitabile affermare che, ove si ammettesse che il rimedio risarcitorio possa convivere solo con i casi di conclusione di un contratto invalido, ciò starebbe a significare riconoscere che la mala fede si esaurisce nel mancato rispetto delle regole "statiche" di validità, e che, in definitiva, alla stessa - per lo meno nel contesto delle trattative - va negato il carattere di clausola generale, riducendola a mera formula vuota, di richiamo ad altri istituti. Conseguenza, questa, che non è da ritenere accettabile, per tutte le ragioni che si è cercato di esporre.

La contrapposizione fra regole statiche di validità e regole dinamiche di buona fede orienta il discorso che stiamo svolgendo verso la disamina del c.d. principio di distinzione fra le une e le altre. Tuttavia, le due tesi citate, di Mengoni e Romano, si rivelano di particolare utilità anche per delineare la forma giuridica che, ad avviso di chi scrive, deve essere assegnata alla relazione precontrattuale. Su ciò, dunque, ci si soffermerà ora.

### 3.2.3. La "veste" giuridica della relazione precontrattuale.

Com'è noto, il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale è estremamente complesso, e le posizioni espresse dalla dottrina quanto mai varie[576].

[576] Le posizioni assunte dalla dottrina circa la natura della responsabilità in discorso sono raggruppabili, a ben vedere, in sei filoni: 1) vi è chi propende per la natura contrattuale, e a questi autori si farà riferimento alle note che seguono; 2) chi, invece, propende per la natura extracontrattuale (ad es. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, cit., p 264 ss.; CARRESI, *Il contratto, II, in Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, p. 736; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 45; BIANCA*, Il contratto*, cit., p. 155; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 99 ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit.,p. 179; SACCO, Il contratto, II, cit., *passim;* NAVARRETTA*, Il danno ingiusto,* in *Tratt. Lipari-Rescigno,* IV-3*,* Milano, 2009, p. 252); 3) rilevante, poi, sugli echi della dottrina tedesca è la tesi del c.d. *tertium genus* di responsabilità (si v. VISINTINI, *Trattato breve alla responsabilità civile*, Padova, 1999, p. 221; CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1270; e in origine SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm*.,1951, II, p. 82 ss.); 4) da tenere distinta da quest'ultima è la tesi eclettica, in base alla quale la responsabilità

È venuta accreditandosi sempre più, però, negli ultimi tempi, la tesi per cui la responsabilità precontrattuale avrebbe senz'altro natura contrattuale assumendo, il rapporto giuridico che s'instaura fra le parti durante le trattative e la formazione del contratto, la forma di un'obbligazione senza prestazione, originata da un contatto sociale qualificato. Questa è la configurazione che all'istituto ha ritenuto di dare Castronovo[577], e rispetto alla quale la Cassazione ha, in tempi recenti, manifestato almeno in apparenza aperta adesione[578]. Anche per chi scrive, la tesi "contrattualistica" appare più convincente, e dunque ci si soffermerà, qui, soltanto a spiegare le ragioni di questa preferenza.

La ricostruzione più convincente, in questo senso, può essere individuata, oltre che nell'ampia elaborazione dell'istituto offerta dalla dottrina tedesca, nel già citato contributo di Mengoni degli anni '50, dal quale, dunque, conviene prendere le mosse[579].

---

precontrattuale si caratterizzerebbe solo per la modalità cronologica della condotta lesiva, rispetto alla quale di volta in volta andrebbe discusso se dia luogo a responsabilità extracontrattuale o contrattuale (LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr*., 1988, p. 792 ss.); 5) vi è chi nega si tratti di una responsabilità vera e propria, ma mero criterio di imputazione delle spese sostenute nella trattativa (cfr. FERRO LUZZI, *L'imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, Padova, 1999, p. 126 ss.); 6) ed infine una tesi che potrebbe essere definita come svalutativa o del *non liquet*, per la quale il tema sarebbe, in sostanza, irrilevante (BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 83 ss.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., p. 208 s.e più di recente, sostanzialmente D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1112 ss.). Per maggiori indicazioni bibliografiche si rivia a MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 53 ss.

[577]Si v. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss., ID, *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 ss., l'A. ha poi ribadito il proprio pensiero in vari altri scritti cui si farà riferimento successivamente. Va detto, ad onor del vero, come in realtà il primo a configurare la responsabilità precontrattuale come obbligazione senza prestazione (o meglio, senza dovere primario di prestazione) è TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., *passim*, ma spec. p. 212 ss., 741 ss.

[578] Si tratta delle sentt. Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Giur. it.*, 2012, p. 2547 ss.; Cass. 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur. it.*, 2012, p. 2662 ss.; Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, p. 2565 ss.

[579] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 360 ss. Com'è noto il contributo introduceva entro i confini nazionali il portato delle elaborazioni dottrinali che in Germania erano state svolte circa la *c.i.c*. Le tesi di Mengoni troveranno poi sviluppo, fra gli altri, in F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 20 s.; e in CASTRONOVO su cui ad es., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2015, p. 521 ss. Ai due contributi citati si fa rinvio anche per una esposizione delle varie tesi, elaborate dalla dottrina tedesca, relativamente alla *c.i.c.,* alle quali si farà qualche sporadico riferimento nelle note successive. Per un'esposizione più organica del tema si v. comunque MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 154 ss., ed ivi le note 53 e 56; A. M.

L'illustre A., in particolare, contestando la giurisprudenza dell'epoca, riteneva che né quest'ultima né la dottrina dominante, pur riconducendo la *culpa in contrahendo* entro l'alveo dell'art. 2043 c.c., avessero assolto l'onere di provare che la relazione fra soggetti diretta alla stipula di un contratto non fosse intesa dal legislatore alla stregua di «un fatto costitutivo di un rapporto obbligatorio, coordinato allo specifico interesse di protezione di ciascuna parte nei confronti dell'altra»[580].

Proprio in questa direzione, invece, militavano, anzitutto, argomenti di ordine letterale: il dovere di comportarsi secondo buona fede (art. 1337 c.c.) e di comunicare le cause d'invalidità (art. 1338 c.c.) sono imposti dalla legge *inter partes,* fra soggetti determinati, venendo a configurarsi come doveri relativi (cioè obblighi) per di più dotati delle caratteristiche di cui all'art. 1174 c.c. Tanto bastava per parlare a pieno titolo di obbligazioni.

Seguivano delle considerazioni di ordine sistematico. Se la buona fede a cui allude l'art. 1337 c.c. dev'essere intesa in senso oggettivo, e dunque quale regola di condotta impositiva alle parti di un dovere di agire correttamente[581], doveva evidenziarsi- si notava - il collegamento tra l'art. 1337 c.c. e (non certo l'art. 2043 c.c. ma) l'art. 1175 c.c., di cui il primo non costituiva che un'estensione. La necessità di rinvenire una linea di continuità nell'interpretare il significato della buona fede nella norme in parola, oltre che nell'art. 1375 c.c., imponeva, dunque, una presa d'atto: «quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo di buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio», e più ancora che «il contrario della buona fede…si risolve nel concetto (oggettivo) di inadempimento»[582]. Le ragioni che avrebbero indotto il legislatore ad estendere l'operatività della buona fede alla fase delle trattative erano più che intuibili, venendosi a realizzare, in quel contesto, uno «specifico interesse di protezione» in

---

GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. da 3 a 25 e specialmente TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale,* cit., p. 160 ss.

[580] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 362

[581] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 362

[582] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 364, notandosi poi come di tale idea si rinvenissero i frammenti nel corso della storia, designando, nel diritto romano l'espressione *fidem praestare* l'adempimento di un'obbligazione.

quanto entrambe le parti venivano investite, a causa della relazione instaurata, «di una specifica possibilità…di ingerenze dannose»[583]. Così che, a detta dell'A., poteva affermarsi sorto in virtù di questo «contatto sociale»[584] un vero e proprio «rapporto giuridico precontrattuale»[585] fonte di obbligazioni di vario genere, ed in particolare di «comunicazione, di informazione, di custodia»[586] ma da intendere come «singoli atteggiamenti» di un unico e «complesso rapporto obbligatorio»[587].

La fonte del rapporto obbligatorio in parola, si precisava, non era certo il contratto concluso in esito alle trattative, costituendo, questa, una mera eventualità, quanto piuttosto la legge, ricadendosi nella terza categoria delle fonti dell'obbligazione menzionata dall'art. 1173 c.c. Il che non toglieva, però, la necessità di individuare *il fatto* al ricorrere del quale la legge riconnettesse il dovere di agire secondo buona fede. Quest'ultimo veniva così individuato proprio nel già menzionato concetto di affidamento, da intendere, però, non più come stato di fiducia psichica (nell'utilità della trattativa o della stipula), ma in senso oggettivo, come «fiducia di una parte nella regolarità del comportamento dell'altra»[588], e cioè

[583]MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 364. Sembra riprendere l'idea di recente, ma tentando una revisione della teoria dell'affidamento, PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 125 ss., ove si ipotizza di individuare il perno della responsabilità precontrattuale nella prossimità intenzionale delle parti in vista delle trattative.

[584] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 361. Com'è noto l'idea di contatto sociale nasce nella dottrina tedesca, per opera di H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten, in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943.

[585] Il concetto di rapporto giuridico precontrattuale nasce a sua volta nella dottrina tedesca, per certi versi in opposizione a quello di "contatto sociale" prima menzionato (in particolare si deve a LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München u. Berlin, 1953, p. 59). MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 370.

[586] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 365 ss.

[587] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 369. Vale la pena di ricodare come l'idea dell'obbligazione come rapporto complesso o *Organismus* derivi da H. SIBER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht*, Leipzig, 1903, (su cui si v. ad es. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit. p. 1072 e G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti,* in *Riv. dir. civ*., 2002, I, p. 498). La teoria, in tempi più vicini a noi, come subito si vedrà, si è sviluppata nel senso di considerare l'obbligazione composta non solo da un dovere primario di prestazione, ma altresì da un fascio di obblighi di protezione, volti a tutelare l'integrità patrimoniale del creditore. Si è arrivati poi a pensare di poter concepire un rapporto obbligatorio dominato dai solo doveri di protezione (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* per usare la celebre nozione di Larenz), per descrivere il vincolo che lega le parti durante le trattative (su cui poi v. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., p. 1 ss.).

[588] MENGONI*, Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 364.

nella «lealtà, nella probità, nella correttezza»[589] di quest'ultima. L'affidamento, in questa configurazione, più che un fatto psicologico, era una «nota descrittiva del rapporto precontrattuale, connotato da una peculiare intensità delle regole da rispettare reciprocamente»[590].

Quest'impostazione potrebbe così sintetizzarsi: l'art. 1337 c.c. sta a dimostrare che i soggetti coinvolti in una «relazione d'affari», sono tolti dall'indistinto, ed isolati in un ambiente particolare, permeato dalla buona fede, e dunque legittimati ad attendersi, l'uno dall'altro, un preciso comportamento volto alla preservazione della propria sfera giuridica da eventi dannosi. Il danno, lì dove si verifichi, è, in qualche maniera, il punto terminale della relazione fra le parti, e rappresenta la violazione di quelle regole, riducendosi il tutto alla seguente scansione logica: contatto - buona fede (individuazione del comportamento dovuto) - violazione della buona fede - danno.

Tutt'al contrario, insomma, di quel che avviene nell'illecito aquiliano, lì dove il contatto «è solo una condizione di fatto della violazione dei doveri (assoluti) di non ingerenza…: non è né un presupposto *costitutivo* di essi, né un criterio di *determinazione* del loro contenuto, che è già, fin dall'origine, individuato»[591].

Trattasi di un'impostazione che risulta assai persuasiva, per quanto non scevra da aporie[592]. Assai più, per lo meno, della tesi che riduce la responsabilità di cui si discorre proprio all'ambito aquiliano, non sembrando il sistema degli artt. 2043 ss. c.c., non tanto in sé carente di efficienza regolativa rispetto al fenomeno dei danni occorsi a causa della violazione delle regole di buona fede, quanto piuttosto inadatto ad attagliarsi, anche solo descrittivamente, al medesimo. Quando una relazione fra soggetti individuati "costituisce" e "determina" nel loro contenuto

[589] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 370.

[590] Si prende a prestito l'espressione da A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 40 (ma si v. DI MAJO, *L'obbligazione protettiva*, in *Eur. e dir. priv.,* I, 2015, p. 11).

[591] MENGONI*, Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 362, il corsivo è di chi scrive.

[592] Rispetto a questa configurazione si v. le ampie notazioni critiche di CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti*, cit., p. 264 ss. Non si nega che le obiezioni svolte contro la tesi contrattualistica risultino per molti versi convincenti ma, dato che nessuna delle tesi risulta in realtà ineccepibile (e che non è possibile non prendere posizione sul tema), la preferenza va a quella che, fra le altre, pare più adeguata.

delle regole, la violazione di queste ultima può essere ragionevolmente ricondotta all'inadempimento.

Il regime più intenso della responsabilità contrattuale, poi, ad avviso di chi scrive, si giustifica non solo per la specifica possibilità di ingerenze dannose che la relazione precontrattuale determina[593], ma proprio per le ragioni appena esposte, ossia per essere quest'ultima una «relazione d'affari», cioè orientata alla stipula di un determinato contratto. A qualificare il contatto sociale, insomma, pare essere primariamente il suo carattere *ordinante*, in quanto diretto, cioè, a creare un insieme di regole a cui le parti saranno vincolate (un ordinamento di diritto privato, ove si preferisca quest'espressione)[594]. Come se, per usare una metafora, il vincolo contrattuale gettasse anche alle sue spalle la propria forza obbligatoria, nel senso di assoggettare le parti a regole particolarmente intense (e fra loro peculiari) non solo dal momento in cui concludono l'affare, ma pure già dal momento in cui quello solo progettano[595]. Sia la concezione procedimentale di Romano, che la tesi (più attendibile) di Mengoni, consentono di scorgere un *continuum* fra la fase delle trattative e quella della conclusione ed esecuzione del contratto, e per questa via seguire le tracce già lasciate dal legislatore, col richiamo alla buona fede (agli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c.).

Di questi aspetti non si riuscirebbe a cogliere il significato, ove si riconducesse il fenomeno in parola a quello dell'*alterum non laedere*. Vi è una profonda differenza, come visto, fra un contatto che è già danno, ed un danno che è effetto della violazione di una regola determinata da una relazione tesa alla creazione di una *vinculum iuris*.

Sono queste considerazioni, d'altra parte, a far ritenere non del tutto convincente la ricostruzione della responsabilità contrattuale in chiave di

[593] Sul tema si v. da ultimo PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 126. In una prospettiva diversa, si è notato come solo l'assunzione di un obbligo primario di prestazione creerebbe le condizioni per la creazione di un rischio specifico di danno, comportando le trattative un incremento di un rischio generico, insito nella vita di relazione (MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale,* cit., p. 204 ss.).

[594] Che si mutua, come già esposto, da SALV. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 676 ss.

[595]Il che non sta a significare, ovviamente, che la natura contrattuale della relazione precontrattuale derivi dal contratto, si è già messo in luce come una simile opinione costituirebbe niente meno che una sgrammaticatura. Significa, semmai, proprio il contrario, e cioè che non è la presenza del contratto a dire quando può ritenersi sorta l'obbligazione.

un'obbligazione senza prestazione. Trattasi, com'è noto, di una tesi dottrinale che ha reputato convincente e trasfondibile anche nel nostro ordinamento, l'esito evolutivo che la *culpa in contrahendo* ha assunto in esito alle riflessioni della dottrina tedesca, e volta ad identificarla in un *gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht.* Di un rapporto obbligatorio, vale a dire, privo del dovere primario di prestazione, ma che presenta un obbligo secondario avente ad oggetto il risarcimento del danno conseguente alla violazione delle regole di correttezza *in contrahendo*[596].

Nella sua trasposizione italiana, il punto d'avvio della tesi presuppone di immaginare che l'obbligazione non sia un rapporto dotato di una struttura lineare ai cui poli si situano debito e credito, ma che presenti, semmai, una struttura più complessa, orbitando attorno al nucleo fondamentale costituito normalmente - come pure si ammette - dalla prestazione, una serie di obblighi collaterali o accessori, gravanti su ambedue le parti, fra i quali particolare importanza presenterebbero i c.d. obblighi di protezione[597]. La funzione di questi ultimi consisterebbe nel permettere di «conservare integra la…sfera giuridica [della parti] tutelandola nei confronti di possibili invasioni lesive che l'esistenza stessa del rapporto rende più agevoli in ragione del contatto sociale che con esso si realizza»[598]. La fonte degli obblighi di protezione, secondo la dottrina in parola, sarebbe, appunto, la legge e più nello specifico proprio il dovere di buona fede espresso dagli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c.: «questa nutrita serie di norme

[596] Per una sintesi sul tema dell'obbligazione senza prestazione nel nostro ordinamento si v. anche DELLE MONACHE, *Tutela risarcitoria e inadempimento contrattuale (a proposito delle "prestazioni senza obbligazione")*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 375 ss.

[597] Sugli obblighi di protezione, oltre a quanto si osserverà nelle note successive, si v. nella dottrina meno recente MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'* cit., p. 366 ss.; FRANCESCO BENATTI, *Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'*, in *Riv. trim. dir. proc*. civ., 1960, p. 1342 ss.; ID., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv*. - Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 222 ss.; MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, p. 1958, 64 ss.; F. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir*., X, Milano, p. 1962, 711 ss; e più di recente VISINTINI, *sub art. 1218 c.c.2*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 286 ss.; NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv*., I, 2014, p. 60 ss.; ACHILLE, *La complessità del rapporto obbligatorio: alla fonte degli obblighi di protezione,* in *Annuario del contratto*, 2017, 2018, p. 129 ss.

[598] CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., p. 2.; ma si v. anche ID, *Vaga culpa in contrahendo*, cit., p. 1 ss.

indica…che il rapporto obbligatorio non è solo prestazione e il contratto non è solo l'affare che le parti hanno inteso stipulare: l'obbligazione…non viene avulsa dall'universo della altre situazioni soggettive facenti capo alle parti, sicché gli interessi, che il rapporto debito-credito pur non è di per sé volto a soddisfare, non vengono tagliati fuori a priori ma al contrario implicati in esso e perciò provveduti della forma giuridica ad esso propria; la loro lesione, cioè, viene regolata *secondo lo stesso modello* che presiede all'inadempimento».

Parafrasando, dunque, gli obblighi di protezione che sorgono *ex lege* dalla buona fede accanto al dovere primario di prestazione (e starebbe a dimostrarlo l'art. 1175 c.c.) non servono, come quest'ultima, ad incrementare la sfera giuridica del creditore, ma semmai hanno una funzione protettiva dell'integrità patrimoniale del medesimo da danni che dovessero occorrere nell'adempimento. Ma la loro violazione, una volta assunto che essi concorrano a dar corpo al contenuto dell'obbligazione, non può che rilevare come inadempimento.

Gli obblighi di protezione, si notava da subito, sono in questo senso un ibrido, «a metà strada tra l'obbligazione in senso classico e i doveri negativi di cui si sostanzia l'*alterum non laedere*»[599], e più nello specifico «la violazione degli obblighi di protezione è un illecito sottratto al regime [della responsabilità extracontrattuale] e ascritto all'ambito della responsabilità contrattuale perché mediato dalla violazione di un obbligo»[600].

Configurato in questi termini il contenuto dell'obbligazione, il passo successivo che viene compiuto consiste nel comprendere se in una relazione fra soggetti gli obblighi di protezione possano sussistere indipendentemente dal terreno sul quale normalmente attecchiscono, consistente nella prestazione. La risposta positiva sarebbe, in questa prospettiva, immediatamente discendente dal dettato normativo, ed in particolare dall'art. 1337 c.c.: l'assoggettamento delle trattative alla buona fede costituirebbe un indice sicuro (si è detto sulla scia di Mengoni) che la relazione fra le parti «si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto

[599] CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., p. 4 a cui è riferita anche la successiva citazione. Il corsivo è di chi scrive, e occorre ad evidenziare come, nella dottrina di cui si da conto, non si affermi mai a chiare lettere una totale identificazione fra obblighi di protezione e obbligazione, né tra violazione dei primi ed inadempimento.

[600] CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., p. 3.

obbligatorio»[601]. E dato che questo rapporto obbligatorio non ha per oggetto una prestazione, se ne ricava l'ammissibilità, per espressa previsione del legislatore, di obblighi di protezione, per così dire, allo stato puro[602].

Il che, com'è noto, costituiva, nelle intenzioni dell'A. in parola, soltanto il punto d'avvio per una riflessione tesa poi a rinvenire, in analogia a quanto accade nelle trattive e nella formazione del contratto, altri contatti sociali qualificati che potessero assumere la forma dell'obbligazione senza prestazione, per il loro svolgersi attorno ad una situazione affidante[603].

Ed è su questa configurazione che di recente, ma in modo che è sembrato a molti definitivo[604], si è assestata anche la giurisprudenza, la quale pare aver prestato piena adesione alla dottrina riferita, e riconosciuto la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale per il suo essere - nelle parole della Corte - *una* delle ipotesi (sia pur normativamente prevista) di contatto sociale qualificato. Ricostruzione, questa, ben singolare, ma alla quale non pare opportuno muovere eccessive critiche, fin tanto che gli esiti applicativi della pronuncia siano da giudicare corretti[605].

Piuttosto qualche considerazione può svilupparsi nei confronti della dottrina che la Corte ha ispirato. Le ragioni di critica alla tesi dell'obbligazione senza

---

[601] MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 364.

[602]L'espressione (obblighi di protezione allo stato puro, o in purezza) è tratta da NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale,* cit., p. 60 ss.

[603]Si v. a questo proposito CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 521 ss.; ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 127 ss.; DELLE MONACHE, *Tutela risarcitoria e inadempimento contrattuale,* cit., p. 388 ss.

[604]Così è sembrato per lo meno a C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, p. 1515 ss. Sulla definitività di tale orientamento, peraltro, si può ben dubitare. Si v. a questo proposito le osserazioni di VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale alla luce della casistica*, in *Contr. e impr*., II, 2017, p. 335 ss. Scritto in cui l'A. pare nuovamente rivedere le proprie posizioni circa la natura della *culpa in contrahendo*, virando verso la tesi eclettica.

[605] A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts*, cit., p. 77 ss., ad es. critica la Cassazione sotto due profili: aver affermato la natura contrattuale della responsabilità a partire dall'idea di contatto sociale, ed aver assunto un orientamento innovativo senza sollecitare l'intervento delle Sezioni Unite. In realtà, può osservarsi come la ricostruzione della Cassazione forse si giustifichi proprio col tentativo di non far apparire innovativo, bensì necessario in linea logica, il proprio *dictum*. Non può, poi, essere rimproverato alla Cassazione di non aver fondato una teoria "contrattualistica" plausibile, se, come ammette lo stesso Z., la tesi sarebbe tutta da costruire anche in dottrina.

prestazione potrebbero essere le più varie. Basti pensare al fatto che vi è chi, in radice, nega cittadinanza agli stessi obblighi di protezione[606], dovendo piuttosto il ruolo "protettivo" dei beni preesistenti del creditore nell'adempimento ricondursi alla diligenza[607]. Vi è chi poi, pur riconoscendo che il dovere primario di prestazione possa essere inspessito da obblighi di protezione, ne riconosce nondimeno il carattere accessorio e non autonomo[608]. Tutti temi, questi, che esaminare in questa sede sarebbe impossibile.

Su un punto, in particolare, ci si può però soffermare. Nella tesi in parola, tutti i doveri che dalla buona fede nascerebbero nella fase delle trattative e della formazione del contratto, si ridurrebbero in sostanza ad essere obblighi protettivi, e la loro violazione, come visto, un illecito sottratto al regime della responsabilità aquiliana (per l'essere il danno mediato dalla violazione di un obbligo). I doveri d'informazione, avviso, custodia, segreto etc. sarebbero, insomma, un'«*enclave* dell'illecito aquiliano»[609] nell'ambito di un rapporto che è *già* obbligatorio per l'essere permeato dalla buona fede. La quale, in definitiva, sembra così smarrire il ruolo di regola di condotta che *costituisce e determina* il comportamento dovuto in funzione delle esigenze del caso concreto, conservando il ruolo, pur fondamentale, di "cornice" che rende contrattuale una responsabilità che altrimenti sarebbe aquiliana[610].

---

[606] Fra gli altri: NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, I, Il comportamento del creditore*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, p. 14 ss., BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 170 ss.; CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti*, cit, p. 355 s.

[607] BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993,p. 86 ss. e 94, e più di recente, sulla scia PARADISO, *La responsabilità medica: dal contratto al torto*, in *Riv. dir. civ*., 2001, I, 330 s.

[608] Con la conseguenza che non possono esistere obblighi di protezione svincolati dalla prestazione. Al riguardo si v. DI MAJO, *L'obbligazione protettiva*, in *Eur. e dir. priv*., I, 2015, p. 1 ss. (contrastando le tesi di Nivarra nel contributo qui cit.), e in tempi meno recenti BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 72 e 131, su cui si v. anche TURCO, *L'interesse negativo*, cit., p. 180 e nota 85.

[609] L'espressione è di MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. e dir. priv.*, I, 2011, p. 136

[610]Si consideri ad es. quanto scrive NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale,* cit. p. 72: «la differenza che passa tra le obbligazioni/rimedio e gli obblighi di protezione "autonomi" è la stessa differenza che passa tra Einwirkung e Einwirkungsmöglichkeit: tra una prossimità/interferenza che ha già sprigionato tutta la sua carica negativa, di talché altro non resta da fare che munire il danneggiato di un diritto al ripristino (in senso ampio) dello status quo ante, e di una prossimità/interferenza in cui il danno è ancora allo stato virtuale, di possibilità,

Sembra di doversi ribadire, invece, che la buona fede pare assumere, alla luce dell'art. 1337 c.c., il primo e più pregnante ruolo. Con il che, l'espressione obbligazione senza prestazione può essere intesa come descrittiva di una relazione fra due parti in cui la «prestazione che si radicherà nel contratto, se concluso, è ancora di là da venire»[611] ma in cui la condotta richiesta alle medesime, se pure ancora non rivolta alla realizzazione dell'interesse finale di ciascuna, viene ad assumere nondimeno, alla luce delle esigenze che la buona fede impone, dei connotati via via più precisi che, sebbene pur sempre indirizzati al proteggere, non sembrano riducibili ai generici doveri di astensione che caratterizzano l'area dell'illecito aquiliano. Potrebbe in questo senso parlarsi di obbligazione senza prestazione *predeterminata*, o con prestazione a determinazione progressiva[612].

Si pensi, ad esempio, alla situazione descritta dall'art. 1338 c.c. Nella prospettiva dell'obbligazione senza prestazione tecnicamente intesa, bisognerebbe affermare che la mancata informazione e il danno da ciò conseguente, altro non sarebbero che elementi costitutivi di un fatto illecito, ma attratto all'area della

---

appunto, e dove, quindi, un intervento commisurato alla posta in gioco si esaurisce nella imposizione all'interferente di un obbligo di condotta, l'inosservanza del quale genererà l'obbligo di risarcire il danno (infatti, a quel punto, la Einwirkungsmöglichkeit si sarà convertita in Einwirkung con conseguente irruzione sulla scena dell'obbligazione/rimedio, che sarebbe quella di cui parla l'art. 2043 c.c., se non fosse che, a causa dell'embrione di relazione generato dalla sequenza interferenza, affidamento, buona fede, il tutto non precipitasse nel diverso contenitore dell'art. 1218 c.c.)». La sequenza da ultimo descritta ha senso fin tanto che si ritenga che interferenza, affidamento e buona fede plasmino la condotta dovuta in relazione alle circostanze del caso. Così, allora, la violazione della condotta dovuta rileva alla stregua dell'inadempimento di un'obbligazione, che per tale ragione non può essere quella di cui parla l'art. 2043 c.c.

[611] DELLE MONACHE, *Tutela risarcitoria e inadempimento contrattuale,* cit., p. 389.

[612] DELLE MONACHE, *Tutela risarcitoria e inadempimento contrattuale,* cit., p. 388 ss., nonchè TURCO, *L'interesse negativo nella* '*culpa in contrahendo*', cit., p. 180 s., il quale esprime quest'opinione, ritenendo che a ciò si alludesse nella stessa dottrina tedesca. Usiamo le parole dell'a.:«*l'assenza di un obbligo primario di prestazione*…in tale contesto non andrebbe peraltro intesa come sinonimo di mancanza o di assoluta indeterminatezza della prestazione medesima, consistente nel comportamento di volta in volta specificamente richiesto a ciascuna parte, e non escluderebbe pertanto la sussistenza di un vero e proprio rapporto obbligatorio e di un interesse all'adempimento di tale comportamento; ma servirebbe principalmente a distinguere dal punto di vista "direzionale" l'obbligo avente ad oggetto la prestazione del contratto *in itinere* dal comportamento oggetto degli obblighi prenegoziali oltrechè a sottolineare proprio la determinabilità "progressiva" di questi ultimi in base alle circostanze concrete del rapporto e in modo connaturale alla stessa funzione della clausola generale di buona fede…». Sul punto ha preso posizione lo stesso CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo*, cit., p. 2 ed ivi la nota 1, limitandosi per altro a constatare che «se l'obbligo di prestazione non c'è - e non c'è - è contraddittorio parlare di una sua non presenza o non indeterminatezza».

responsabilità contrattuale perché accaduto nel contesto di una relazione trasformata in rapporto obbligatorio dall'operatività della buona fede.

Pare più corretto, invece, ribadire come quella norma valga a imporre alle parti una condotta, che sebbene non determinata *a priori*, venga poi a precisarsi nel suo contenuto in base alle circostanze del caso concreto (conoscenza/conoscibilità dell'informazione in capo alle parti), e che, dunque, non può nemmeno immaginarsi al di fuori da quello. La buona fede, in definitiva, indica che una relazione si è trasformata in rapporto obbligatorio, proprio perché - ripetiamo - costituisce e determina il comportamento dovuto fra le parti.

È significativa, in questo senso, la circostanza che la Cassazione, pur riconoscendo alla responsabilità precontrattuale la forma di un'obbligazione senza prestazione, abbia continuato a discorrere dell'insorgenza, durante le trattative e la formazione del contratto, di «specifici obblighi di buona fede, di protezione e di informazione»[613].

Vi è, dunque, una differenza fondamentale tra la ricostruzione della responsabilità precontrattuale quale immaginata da Mengoni negli anni '50, e quella elaborata successivamente da Castronovo. Non è un caso, difatti, che il primo discorresse di un'applicazione diretta dell'art. 1218 c.c. non disconoscendo la qualifica di creditore e debitore delle parti nel rapporto giuridico precontrattuale, mentre il secondo, invece, nega la proprietà di un tale linguaggio paventando un'applicazione solo analogica della norma da ultimo richiamata, in un contesto, poi, in cui al termine adempimento (di un'obbligazione) si preferisce quello di violazione di un obbligo di protezione[614].

[613]Il riferimento è ancora a Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, p. 2565 ss.

[614] Da ultimo CASTRONOVO, *La relazione*, cit., p. 72. Nel raggio da ultimo richiamato, peraltro, si precisa significativamente come: «l'obbligazione senza prestazione vada presa per quello che è, cioè come un rapporto che partecipa della natura obbligatoria dell'obbligazione in senso tradizionale senza esserlo. Questa affermazione, presa sul piano puramente testuale può apparire contraddittoria, come può apparire un ossimoro la stessa espressione obbligazione senza prestazione. Ciò però è dovuto appunto all'idea, che certo ha dalla propria parte una tradizione più che bimillenaria, che identifica l'obbligazione con l'obbligo di prestazione. Una volta che ci si persuada della possibilità che la qualificazione obbligatoria sia estesa ad altri rapporti, nei quali ciò che rileva non è la pienezza del contenuto ma la dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra, allora anche l'idea di un'obbligazione senza prestazione non solo non appare contraddittoria, ma anzi quello che per merito di essa si mette in luce come la vera essenza dell'obbligazione, la quale non consiste nel suo contenuto o oggetto che dir si voglia, più o

Ne conseguono delle incertezze, com'è evidente - ove non si accetti di ricondurre il fenomeno alla disciplina dell'inadempimento - nell'individuare la situazione giuridica soggettiva in capo alla parte danneggiata. Negando la correttezza del riferimento, in senso proprio, alla pretesa, le ricostruzioni più convincenti da ultimo prospettate teorizzano l'esistenza di un'immunità[615], o di un interesse legittimo di diritto privato[616]. Il tema, dunque, attende di ricevere un'ulteriore e più compiuta sistemazione da parte della dottrina.

Può dirsi sufficiente ai nostri fini - e senza ovviamente l'intento di svalutare l'importanza del dibattito sopra riferito - aver acquisito che comunque, per l'una o per l'altra via, sarà l'art. 1218 c.c. a venire rilievo, con quel che ne consegue, specialmente, per quanto attiene al regime della prescrizione, che sarà decennale, e all'onere probatorio, non dovendo il danneggiato dimostrare il dolo o la colpa in capo al danneggiante, ma solamente dar prova del titolo dell'obbligazione (cioè in tal caso provare l'esistenza della regola di buona fede), ed allegare l'inadempimento, provando l'ammontare del danno subito. Il convenuto, evidentemente, potrà alternativamente provare di aver rispettato la regola di correttezza, la sua inesistenza, o l'evento non imputabile che ne ha impedito l'osservanza. Va sottolineato, peraltro, come parte della dottrina concordi sulla ripartizione dell'onere probatorio sopra prospettata pur configurando come extracontrattuale la *culpa in contrahendo*[617].

---

meno ampio e vario a seconda del tipo contrattuale che lo genera, ma nella relazionalità come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro. Relazionalità che, nel momento in cui caratterizza l'obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si inscrive solo come una variabile possibile» (p. 66).

[615]Così PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 125, nel contesto di una tesi che però è ancora allo stato di ipotesi (a detta dell'a. stesso).

[616]Questa, invece, la tesi di A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento*, cit., p. 113. Sulla figura dell'interesse legittimo nel diritto privato è d'obbligo il rinvio a BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.* - Sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 527 ss.; ID., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

[617] In arg. si v. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., passim, ma spec. 305 ss.; VISINTINI, *Il dibattito sulla natura*, cit., p. 335 ss.; THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazioni*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* (a cura di G. Visintini), Padova, 2009, p. 317 ss.

Indipendente dalla natura della responsabilità (salvo il regime dei danni imprevedibili) pare anche essere il tema relativo al *quantum* del risarcimento (ed alla sua pretesa limitazione al c.d. interesse negativo)[618].

### 3.2.4. Il principio di distinzione tra regole di validità e regole di correttezza: l'indipendenza reciproca dei due giudizi è «nella stessa previsione del legislatore».

Le precisazioni svolte nelle pagine precedenti occorrevano a delineare quali siano, ad avviso di chi scrive, le implicazioni che la norma contenuta nell'art. 1337 c.c. comporta nella visione della relazione precontrattuale. Una relazione, si è detto, in cui la buona fede plasma dei doveri di condotta fra le parti che l'interprete non può individuare *a priori*, sorgendo questi secondo un particolare contenuto alla luce delle circostanze del caso concreto. Una conseguenza, questa, immediatamente discendente dalla considerazione per cui la buona fede *in contrahendo* è una clausola generale.

Detto questo si può ora tornare al principio di distinzione fra regole di validità e regole di buona fede, delineandone l'atteggiarsi e la funzione[619].

Si ricorderà come il principio in parola occorra a risolvere due domande. La prima è quella se, riscontrata una violazione della regola di buona fede, da ciò si possa far discendere una qualche forma d'invalidità contrattuale, pur non essendo integrati tutti i presupposti normativamente richiesti nelle fattispecie d'invalidità consegnate dal legislatore. La seconda domanda, invece, è relativa alla possibilità di stabilire se la responsabilità che consegue alla violazione della buona fede *in*

[618] Sul tema principalmente AFFERINI, *Il quantum del risarcimento*, cit., *passim*. Ma si v. anche, ovviamente, TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 305 ss.; GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 334 ss.; PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Europa dir. priv*., 2013, 1126 ss.; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 297 ss.

[619] Sul principio di distinzione si v. nella dottrina tradizionale: TRABUCCHI, *Il dolo* cit., p. 105 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9, Napoli, 2001, p. 171; CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 458; PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento* cit., p.118 s.; e più di recente, oltre ai contributi che si menzioneranno in seguito C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv*., 2008, p. 599 ss.; CASTRONOVO, *Vaga 'culpa in contrahendo'*, cit., p. 1 ss.; DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 771 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

*contrahendo* possa operare anche qualora il giudizio di validità sia positivamente risolto.

La tesi dei vizi incompleti, come detto, risponde negativamente alla prima domanda, e affermativamente alla seconda[620]. Seguendo la tesi di D'Amico, invece, bisognerebbe rispondere negativamente anche alla seconda domanda[621]. Da un lato, dunque, si postula l'indipendenza reciproca dei due giudizi, dall'altro, invece, il giudizio di validità avrebbe una funzione primaria, non potendo quello di correttezza interferirvi in nessun modo.

Da quanto tutto sopra esposto intendiamo trarre una conclusione, in apparenza impegnativa, ma che discende da principi di pura logica: il principio di distinzione, intendiamo dire, o esiste nel senso di segnare la reciproca indipendenza fra giudizio di correttezza e di validità, oppure non ha senso di esistere.

Si può iniziare dal primo aspetto del principio di distinzione. Si ricorderà che le norma di validità sono state definite da una dottrina autorevole come norme "statiche", di origine statuale[622]. Possiamo tradurre questa formulazione affermando che la statualità delle norme di validità implica, altresì, che le medesime non siano, per così dire, a disposizione dell'interprete, dovendo egli, al contrario, applicarle sulla base di criteri rigorosamente concettuali, o, comunque, prestando una certa fedeltà al dettato normativo. Mutuando dallo stesso D'Amico, si può dire vigente, nel nostro ordinamento, un *principio di legalità* delle cause d'invalidità[623].

---

[620] Per tutti MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 5 ss.

[621] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., *passim*. (ma si v. anche ID*, Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?* cit.; ID*, Nullià virtuale- nullità di protezione (variazioni sul tema della nullità*), cit.,; ID, *Nullità non testuale*, cit., ID, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in Riv. dir. civ., I, 2002, p. 37 ss.)

[622] SAL. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 679 ss.

[623] D'AMICO, *Nullità virtuale- nullità di protezione (variazioni sul tema della nullità),* cit., p. 737 ss., che vale la pena di citare ampliamente: «Il significato del principio di separazione…può altresì esprimersi dicendo che le "regole di validità " non possono essere ricavate dal giudice in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede (cioè non possono discendere dalla violazione di una mera regola di comportamento, qual è la buona fede), violazione dalla quale *potranno discendere altre conseguenze, ma non quella della invalidità dell'atto*. Questa preliminare precisazione consente di mettere in evidenza un secondo equivoco che circonda il tema del principio di separazione tra "regole di validità "e "regole di comportamento ".Tale principio - correttamente (ri-)formulato, e inteso nella sua precisa ratio (che, come abbiamo appena detto, è quella di assicurare la "certezza del diritto", e, per così dire, di fissare un fondamentale "criterio di legalità" nella delicatissima materia delle invalidità negoziali) (si rivela subito per quello che è, e cioè un

Le ragioni sono abbastanza evidenti. Le norme di validità sono norme che disciplinano l'esistenza o la non esistenza dei fatti giuridici (il contratto nel nostro caso), giudizio rispetto al quale si fanno quanto mai pressanti le esigenze di certezza del diritto. Diversamente ci si esporrebbe al «pericolo di togliere agli istituti giuridici formali la necessaria nettezza di contorni, garanzia incontestata di certezza nel trattamento dei fatti giuridici *e quindi della stessa buona fede*»[624].

L'interprete non può, dunque, ricavare norme di validità - decidere dell'esistenza o non esistenza di un fatto giuridico - in sede di concretizzazione di una clausola generale, e quindi «in nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto…»[625].

Dal che discendono due implicazioni.

I) Risulta massimamente fuorviante discorrere di principio di distinzione fra regola di validità e regole *di comportamento*. L'invalidità, difatti, può ben discendere da un certo comportamento, tutte le volte in cui il legislatore lo preveda: si pensi al dolo o alla violenza, in entrambe i casi l'annullabilità discende né più né meno che da una condotta[626]. Forse, anzi, più in generale è da giudicare corretta

---

principio di tipo "politico " (e, dunque, un principio di tipo "deduttivo"), e non invece (come pure spesso sembra pensarsi) un principio che si ricavi per induzione (e successiva generalizzazione) dalla disciplina positiva delle invalidità dettata dal legislatore». Il corsivo è nostro. Nello stesso ordine di idee, molto chiaramente, R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari,* cit., p. 304 ss. Va detto, comunque, come nonostante per i due aa. cit., il principio di distinzione sia un principio politico, e dunque deduttivo, la sua presenza pare innegabilmente emergere anche dalle disposizioni normative.

[624] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 96, ma si v. anche l'introduzione, p. IX ove si precisa: «Libero da ogni limite, principio di buona fede può portare il giudice a un'attività priva di riferimento, a un movimento in assenza di gravità, dove il criterio di giudizio potrebbe non derivare più dalle convinzioni etiche della società, ma obbedire alla personale idea di bene e di male, di giusto o di ingiusto. La buona fede deve certo dominare sovrana, come la forza vitale supera le strutture, ma di queste ha bisogno per non portare al disordine, che è, come la violenza, la negazione del diritto». Il pensiero per cui le coordinate assiologiche di cui è espressione la buona fede debbano essere rinvenute nelle disposizioni positive, non cedendo alla tentazione di travalicare, invece, quest'ultime, si rinviene notoriamente in CARRARO, *Valore attuale della massima* "fraus omnia corrumpit", cit., p. 782 ss.; da ultimo, in quest'ordine di idee sembra anche D'AMICO*, Buona fede e solidarietà sociale: il tramonto della clausola generale*, in *Riv. critica di dir. priv*., I, 2014, p. 557 ss., ma spec. 566 ss.

[625] MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e titoli di cred*., 1997, I, p. 9.

[626]Si v. ancora D'AMICO, *Nullità virtuale- nullità di protezione (variazioni sul tema della nullità),* cit., p. 735 ss. Per quanto possa sembrare poco generoso nei confronti della Cassazione, è

l'affermazione per cui, in definitiva, tutte le norme giuridiche sarebbero volte a regolare comportamenti[627]. Qualche autore si è lasciato fuorviare da questa considerazione, arrivando ad affermare come il principio di distinzione di cui diciamo non esista. In realtà, com'è evidente, quando ci si riferisce alle norme di comportamento si usa una formula convenzionale per riferirsi alle norme "dinamiche" di correttezza, e dunque intendere alla lettera l'espressione "di comportamento" significa prendere un abbaglio.

In ogni caso si può precisare: le norme di correttezza sono norme di comportamento, non tutte le norme di comportamento sono di correttezza (clausole generali). Il principio di distinzione riguarda le norme di correttezza.

II) Il fatto che le norme di validità siano norme statuali, implica che il legislatore possa conformarle come meglio crede, al limite anche in forma di clausola generale, senza perciò derogare al principio di distinzione. Il principio si rivolge, come detto, all'interprete, ed indica di non ricavare norme di validità o invalidità in sede di concretizzazione di una clausola generale. Non è questo, dunque, un principio al quale lo stesso legislatore sarebbe da considerarsi soggetto[628].

---

probabilmente proprio l'aver contrapposto validità e comportamento che ha poi portato, nella sentenza Marziale prima, e nelle sentenze Rordorf poi, a non tenere in nessuna considerazione la categoria dell'annullabilità (cfr. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 393: «la tesi dimentica che talvolta la violazione di una regola di comportamento altera il processo di formazione, e quindi la conformazione, della regola negoziale. In questi casi i suoi elementi sono alterati, e l'invalidità è secondo i principi» e p. 401, «i contratti dell'intermediazione finanziaria affetti da violazioni di norme di condotta incidenti sulla loro formazione non sono nulli, i giudici supremi ripetono più volte che sopravvive l'ipotesi che siano almeno annullabili. Dunque lo ricordano; ma non lo dicono, sembrano dirlo, lo lasciano supporre, non lo statuiscono»).

[627] D'AMICO, *Nullità virtuale- nullità di protezione (variazioni sul tema della nullità),* cit., p. 735 ss.: « è del tutto ovvio che se si considera l'espressione "regole di comportamento " nella sua estensione letterale, la contrapposizione alle "regole di validità " perderebbe qualsiasi significato, perché - secondo un accreditato orientamento di teoria generale del diritto (tutte le regole giuridiche sono "regole di condotta"; e tali devono dunque considerarsi anche le c.d. "regole di validità " (cioè le regole dalla cui applicazione dipende il giudizio circa la validità/invalidità degli atti giuridici negoziali), come dimostra (a tacer d'altro (la circostanza che l'annullabilità per dolo o per violenza consegue certamente alla violazione di tipiche "regole di condotta " (quali sono quelle che impongono di non usare inganni o minacce per indurre o costringere la controparte a concludere un contratto)».

[628] Sono osservazioni che traiamo sempre da D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 988 ss. Può a tal proposito considerarsi ancora la nota vicenda relativa sugli strumenti finanziari da cui sono scaturite le Sentenze Rordorf. L'intervento delle S.U., era stato sollecitato

A sorreggere questa prima diramazione del principio di distinzione, dunque, sta, come visto, un'esigenza di certezza del diritto. Ed anche, aggiungeremmo, un'esigenza di autoconservazione dello stesso. Se si ammettesse la possibilità per l'interprete di ricavare regole di validità in sede di concretizzazione di una clausola generale, ciò condurrebbe a far ritenere che le norme di validità dettate analiticamente dal legislatore sarebbero del tutto opzionali, o esemplificative, non costituendo un confine da non oltrepassare[629].

Il discorso sopra svolto ha senso, riteniamo, se ed in quanto si postuli che l'art. 1337 c.c. contiene una clausola generale, cioè una norma che, sebbene non formulata in modo analitico, ha un comando e una sanzione. Il principio di distinzione occorre a indicare che quella sanzione non è l'invalidità, e d'altra parte la rubrica della norma richiamata e la disposizione successiva ci indicano che la

---

dalla Sez. I. della Cassazione (ord. n. 3684 del 16.02.2007), la quale aveva ricordato come il legislatore avesse introdotto numerose norme, in cui l'invalidità discendeva dalla trasgressione di un divieto di tenere una determinata condotta (citava l'ordinanza l'art. 9 della l. 192 del 1998; l'art. 52 comma 3° del Cod. cons. sui contratti stipulati telefonicamente; l'art. 34 Cod. cons. sulle clausole vessatorie; l'art. 7 del d.lgs. 231 del 2002 sulla clausola di dilazione dei termini di pagamento). Le S.U., sul punto, hanno dato una risposta che pare francamente inadeguata. Hanno ricordato, cioè, come quelle norme non fossero in vigore al momento dei fatti inerenti alle vicende di cui si trattava, e le hanno definite come espressione di una tendenza, ma non di un'acquisizione, con ciò avvalorando l'idea che costituissero eccezioni al principio di distinzione. Avrebbero, invece, dovuto più correttamente affermare come in quelle ipotesi la nullità era testuale, ed il legislatore può ben far discendere una qualche forma di invalidità dalla trasgressione di una condotta, senza che con ciò l'interprete sia autorizzato a ricavare una regola assoluta. Il che, però, non sta a significare che tutte queste norme siano eccezionali, potendosene, anzi, invocare un'applicazione analogica tutte le volte in cui ve ne siano i presupposti. E questo le Sezioni Unite avrebbero potuto certamente fare, anche arrivando a concludere, poi, che fra la vicenda sottoposta alla loro attenzione e quelle regole, non v'era *eadem ratio*. Si v. però sul punto anche R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta*, cit., p. 319 ss., il quale mette in luce, condivisibilmente, il fatto che qualora sia il legislatore a conformare la condotta precontrattuale imponendo una serie di obblighi, ciò sta a significare che non rileva la clausola generale di buona fede, né, dunque, il principio di distinzione.

[629] Si tratta, quindi, di un principio che impone all'interprete di ragionare in modo formalistico, e di prestare ossequio al diritto positivo. È fin troppo noto come un siffatto modo di ragionare a detta di molti non si presenti più al passo coi tempi, essendo, viceversa, consentita all'interprete una maggiore libertà nel ricavare le norme dalle disposizioni, e di ricavare norme che anche contraddicano le disposizioni ogni qual volta ciò si riveli necessario. Il positivismo sarebbe, in questo senso, un'ideologia (fra tanti si v. DI MAJO, *Giustizia e materializzazione*, cit., p. 1 s.; GROSSI, *Presentazione*, nel volume *Principi e clausole generali*, cit., p. IX ss.). Anche senza contraddire la legittimità di tale prospettiva, resta da dire che essa stessa sembra frutto di un'ideologia, e dunque, proprio perché all'interprete è data maggiore libertà, ci si sente pienamente liberi di scegliere, fra due ideologie, quella in base alla quale non si possono ricavare norme che contraddicano le disposizioni di legge.

sanzione è quella risarcitoria[630]. Se, per ipotesi, dovessimo negare che la buona fede di cui all'art. 1337 c.c. sia una clausola generale, il primo aspetto del principio di distinzione si ridurrebbe a nulla, perché si cancellerebbe, semplicemente, l'interrogativo che ne sta alla base[631].

Questo porta ad affrontare con sicurezza il secondo risvolto del principio di cui diciamo. Alla domanda se, risolto positivamente il giudizio di validità residui uno spazio per affermare la responsabilità di chi si sia macchiato di scorrettezza, si deve rispondere in modo necessariamente positivo, lì dove si ammetta che la buona fede sia una clausola generale. Rispondere diversamente, difatti, significa intendere il comando dell'art. 1337 c.c. come rivolto al non porre in essere una condotta capace di dar luogo ad una forma d'invalidità, e, quindi, ripiegare sulle regole di validità quelle di correttezza[632]. È questo, precisamente, ciò che accade nella tesi che avversa questa prospettiva, e che conduce, poi, ad affermare che (in questo contesto) la buona fede *in contrahendo* «non è (o meglio: *non opera come*) *una clausola generale*»[633]. La conclusione, per quanto non accoglibile, è più che legittima evidentemente. A patto, però, di essere conseguenti: se le regole di correttezza si riducono a quelle di validità, cade uno dei termini del principio di distinzione, e dunque il principio stesso. Non è logico, ci pare, affermare che l'interprete in sede di concretizzazione della clausola generale di cui all'art. 1337

[630] Si tratta di un'affermazione da non mettere in discussione per i più, si v. per tutti MENGONI, *Autonomia privata e costituzione,* cit., p. 9; D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 56. Stupisce, dunque, leggere (in PROSPERI, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, in *Scritti in memoria di V.E. Cantelmo* (a cura di Favale e Marucci), Napoli, 2003, p. 584) che «la violazione della buona fede nella conclusione del contratto è, dunque, violazione di una norma imperativa, il cui accertamento…dipendendo dalla verifica in concreto del comportamento delle parti, determina in via generale la nullità dell'atto, tranne che non sia disposto diversamente (art. 1418, comma 1, c.c.)».

[631] È proprio lo stesso D'AMICO, *Nullità virtuale- nullità di protezione (variazioni sul tema della nullità),* cit., p. 735 ss a dire che «le "regole di validità" non possono essere ricavate dal giudice in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede (cioè non possono discendere dalla violazione di una mera regola di comportamento, qual è la buona fede), violazione dalla quale *potranno discendere altre conseguenze*, ma non quella della invalidità dell'atto». Se altre conseguenze non ci sono, il principio di distinzione non occorre.

[632] È difficile usare parole di scetticismo più nette rispetto a FRANCESCO BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc.giur*., p. 2, cit.: «Non si riuscirebbe davvero a comprendere per quale motivo, una volta stabilito che i contraenti devono osservare nelle trattative una condotta improntata a correttezza, il comportamento sleale e disonesto dovrebbe consistere soltanto nella formazione di un negozio nullo o annullabile».

[633] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 258 ss. (cors. dell'A.).

c.c. non può ricavare norme di validità, se poi si giunge a negare che essa in effetti sia una clausola generale, e dunque che alcuna norma sia da quella ricavabile (ogni qual volta la regola di validità sia rispettata)[634].

L'art. 1337 c.c. rimarrebbe ad operare, come clausola generale, solo per le ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative, in un contesto, cioè, in cui il principio di distinzione non ha con tutta evidenza ragione di essere evocato (non entrando in gioco regole di validità)[635].

Ribadiamo, quindi, la conclusione già formulata: se la buona fede di cui dice l'art. 1337 c.c. è una clausola generale, il principio di distinzione esiste e dispiega effetto nel senso della reciproca indipendenza dei due giudizi. Diversamente il principio non esiste perché - se si perdona la nettezza - non c'è nulla da distinguere.

Può essere utile tornare per un momento all'opera in cui il principio di distinzione è stato per la prima volta formulato in modo organico[636].

Ci si chiedeva lì, segnatamente, quale fosse il trattamento giuridico da assegnare all'errore riconosciuto che cadesse, però, sui motivi individuali e dunque al di fuori dai casi contemplati dall'art. 1429 c.c. La risposta elaborata dall'A. partiva dall'art. 1337 c.c. osservando come, in quella norma, il legislatore avesse posto «un principio etico generale che domina tutta la materia»[637] delle trattative, e che dunque era capace di creare obblighi di comunicazione diversi da quelli previsti dall'art. 1338 c.c., e segnatamente relativi a tutti gli «eventi che, senza incidere sulla validità del negozio, siano importanti per le valutazioni personali che ogni parte fa prima di concludere un contratto»[638]. Non comunicare alla controparte di essere incorsa in errore, dunque, era ritenuto contrario alla regola di buona fede.

Il principio di distinzione era richiamato dall'A., qui, non certo al fine di escludere il risarcimento del danno, ma piuttosto per giustificare *la sola* sanzione

---

[634] Rimarrebbe, ben inteso, l'idea che esista un principio di legalità delle cause di invalidità, che non sarebbe però necessario articolare come principio di distinzione tra regole di validità e regole di correttezza.

[635] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 253 ss.

[636] Il riferimento è principalmente a PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 104 ss. (ma in realtà 69 ss.), considerazioni poi ribadite nell'edizione (quasi inalterata) dell'opera ID, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 104 ss., a cui si farà riferimento nel prosieguo.

[637] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 104.

[638] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 104 s., diversamente, sottolineava l'A., si sarebbe assegnato all'art. 1338 c.c. una funzione più ampia della norma base (art. 1337 c.c.).

risarcitoria in luogo dell'annullamento. Ed è a questo proposito che l'A. formulava da sé una possibile obiezione, in via dubitativa: «si potrebbe credere allora che la violazione di questo obbligo debba influire *sulla validità* del contratto, perché non è pensabile che il diritto riconosca validità a un contratto quando i suoi effetti tornino sostanzialmente a favore di una persona che si è macchiata di disonestà…e più ancora che il diritto non può riconoscere a un negozio effetti favorevoli per una persona e insieme porre a carico di questa, in dipendenza del medesimo fatto, una responsabilità»[639]. All'obiezione - a dir poco travisata dalla dottrina successiva[640] - si rispondeva immediatamente in modo negativo: «il carattere generale dell'obbligo d'informazione non è ragione sufficiente ad affermare l'invalidità del contratto in ipotesi di errore sul motivo riconosciuto»[641].

Il principio di distinzione, in altre parole, occorreva a segnalare non certo che dalla violazione della regola posta dall'art. 1337 c.c. non potesse derivare alcuna conseguenza, ma piuttosto era invocato a dimostrazione del fatto che quella conseguenza non potesse consistere nell'annullamento, giacché ciò avrebbe

[639] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 105 s.

[640] Non travisa la considerazione in parola, senz'altro, D'AMICO, il quale fa però mostra di ritenerla sufficiente (non a allargare il perimetro delle regole di validità ma) a escludere il risarcimento del danno (si v. D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 245 ss., ed ancora di recente in ID, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 36 e nota 54). Non altrettanto accade, però, in DE NOVA, *La rettifica del contratto sconveniente tramite il risarcimento del*, in *Resp. civ. e prev*., VI, 2015, p. 1789 e nota 9, e soprattutto in ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 422 a detta del quale tale riflessione sarebbe «insuperabile (nella sostanza del pensiero, oltre che per il nitore dell'esposizione», non avvedendosi, tuttavia, del fatto che una riga oltre Pietrobon si peritava a dimostrare la sicura superabilità di quell'obiezione. Sulla scorta della stessa valutazione, VISINTINI, *La reticenza*, cit., p. 114 aveva tentato di trasformare la violazione della regola di correttezza, in regola di validità (ampliando i confini del dolo), su cui la reazione dello stesso PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 101 s. e nota 56: «parlando dell'inammissibilità di riconoscere valido un contratto a favore del disonesto, costruivo l'impostazione che mi accingevo a dimostrare inaccoglibile: ma la rappresentavo evidentemente troppo bene perché me la vedo segnalata come sufficiente ragione contraria a ciò che sostenevo».

[641] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 106. L'A. qui traeva una conferma dall'art. 1338 c.c. In quella norma, si osservava, la tutela dell'ordinamento non arrivava fino al punto di conferire validità ad un contratto invalido, ma si arresta alla sola sanzione risarcitoria. Come può esserci, allora, responsabilità senza validità, così anche può avvenire il contrario. Si noti, ancora una volta, come il principio di distinzione valga a sancire *la reciproca autonomia* dei due giudizi. Nel senso che, nel caso dell'art. 1338 c.c. la buona fede potrebbe avere l'effetto di conferire validità al contratto invalido, invece, solo SACCO, *Responsabilità del committente per culpa in contreahendo del commesso,* in *Riv. dir. comm*., 1948, II, p. 2 (nt. A Cass. 30.07.1947).

condotto, in definitiva, a travalicare i limiti segnati dal legislatore circa la rilevanza dei fatti capaci di influire sull'esistenza del vincolo contrattuale[642].

Il che portava poi a constatare, in modo insuperabile, come «la stessa testuale previsione della culpa *in contrahendo* pure essendo manifestazione del più accentuato orientamento alla buona fede nelle relazioni contrattuali…dimostra che non si è ritornati all'identificazione, propria di ogni dogma, tra negozio valido e negozio giusto, e che quindi, in altre parole, la applicazione delle regole di validità non assicura, nella stessa previsione del legislatore, la realizzazione di una giustizia sostanziale adeguata alla buona fede di entrambe le parti»[643]. Lì dove per giustizia sostanziale ci si intendeva riferire al principio indicato dall'art. 1371 c.c., e cioè all'equo contemperamento degli interessi delle parti in conflitto, il quale si realizzerebbe, appunto, sia per il tramite delle regole di validità, che per il tramite delle regole di buona fede.

Le prime avrebbero così la funzione di garantire «la certezza sull'esistenza di fatti giuridici e solo mediatamente, poiché anche la certezza serve a tutelare la buona fede, la giustizia»[644]. Le altre, invece, «tendono direttamente alla giustizia sostanziale», e cioè «a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte».

La generale compatibilità tra conclusione di un contratto valido e responsabilità risarcitoria, dunque, è da sempre «nella stessa previsione del legislatore», e a fondarla non sta affatto l'art. 1440 c.c., ma direttamente l'art. 1337 c.c. Questa norma, dettata come clausola generale, sta lì a dimostrare che la condotta a cui le parti debbono conformare il loro comportamento non è racchiusa nei limiti segnati dalle regole di validità[645].

---

[642] Non capiamo del tutto, dunque, l'obiezione che formula TURCO, *Interesse nagativo*, cit., p. 599 ss., secondo cui il trattamento risarcitorio dell'errore sul motivo riconosciuto non si giustificherebbe in ragione del principio di distinzione, ma semmai in ragione della tassatività delle cause di annullabilità (e dell'art. 1429 c.c. in particolare).

[643] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p.106.

[644] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p.118.

[645] Questa osservazione è in realtà già in RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 18. Lì l'A. affermava molto limpidamente come la compatibilità fra responsabilità risarcitoria e conclusione di un contratto valido non andasse affatto costruita a partire dal dolo incidente, ed anzi potesse essere affermata trascurando quella norma.

### 3.2.5. Qualche indicazione di metodo tratta dal principio di distinzione come sopra individuato.

Come si è visto, il principio di distinzione come sopra delineato, conferisce alcune indicazioni di metodo sulla sanzione da individuare per il caso della violazione della regola di buona fede *in contrahendo*, che potrebbero essere ridotte a due proposizioni così delineate: I) la buona fede è la regola di condotta a cui le parti devono conformare il loro comportamento, e la sua violazione non può rimanere senza sanzioni, essendo prevista, nello specifico, la sanzione risarcitoria; II) le regole di validità, d'altra parte, sono una sorta di cittadella, di presidio del legislatore, e dunque non spetta all'interprete modificarle o "adattarle" alle esigenze che la buona fede dovesse imporre al caso concreto.

Questi due aspetti del principio di distinzione mettono in luce che, sebbene la buona fede sia una regola cardinale, la più importante, anzi, delle regole che domina la fase delle trattative (e forse anche l'intero diritto dei contratti)[646], non si può trascurare il fatto che essa si deve pur sempre muovere all'interno di un ordinamento, che è composto anche da previsioni analiticamente dettate dal legislatore. Queste ultime, dunque, non dovrebbero essere contraddette dall'applicazione della buona fede ed anzi, le norme che l'interprete ricava in sede di concretizzazione della clausola generale, debbono essere, per così dire, in rima obbligata rispetto al tessuto normativo consegnato dal legislatore.

Il che significa, come ricordato, che validità del contratto e giustizia del medesimo non debbono andare per forza di cose di pari passo. Vi potrà essere, dunque, un contratto valido ma che determina un assetto d'interessi che si presta ad essere corretto *ab externo* da una sanzione risarcitoria. Adottata questa prospettiva risulta anche evidente come non sia una necessità logica perseguire la giustizia per

[646] Lo ammette, del resto, proprio la dottrina da cui si sono prese le mosse: PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 118: «le regole di risarcimento hanno forse un significato ancora più generale di quelle che disciplinano la validità del contratto: queste ultime potrebbero essere considerate, invero, come delle limitazioni alla regola generale di correttezza, introdotte per garantire la certezza sull'esistenza dei fatti giuridici».

il tramite delle regole di validità, o inferire una qualche forma di invalidità dalla violazione di una regola di buona fede[647].

Ma significa anche che in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., - trattandosi appunto di distribuire i vantaggi e gli svantaggi secondo l'onestà di ogni parte - si debba pure tener conto del modo in cui questa operazione è compiuta dal legislatore in altre e più specifiche disposizioni di legge. Per essere più espliciti, ciò vale primariamente per quanto riguarda l'art. 1338 c.c. La norma com'è evidente, stabilisce il risarcimento del danno a carico di chi, conoscendo o dovendo conoscere una causa d'invalidità non l'abbia comunicata, ma soggiunge che in tale ipotesi il destinatario dell'informazione non data deve avere confidato sulla validità del contratto «senza sua colpa». È, questa, una regola che ad avviso di chi scrive dev'essere tenuta ferma in ogni ipotesi in cui si applichi l'art. 1337 c.c.[648] Del resto, la stessa buona fede allude, secondo l'interpretazione che se ne è data, ad un canone di condotta che è imposto alle parti *reciprocamente*[649]. Se così è, dunque, dovrà ad esempio ritenersi che, nel giudizio risarcitorio, ritornino ad applicarsi alcune regole le cui rilevanza si è vice versa esclusa ai fini dell'annullamento, e ciò vale in primo luogo per la scusabilità dell'errore[650].

---

[647] Sulla totale indipendenza tra validità e responsabilità si v. da ultimo in termini molto chiari CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo*, cit., p. 1 ss.

[648] In senso contrario, però, si v. ad es. REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *L'intermediazione mobiliare,* (a cura di S. Mazzamuto e G. Terranova), Napoli, 1993, p. 122. Ma, va notato, lì dove l'informazione abbia fonte legale non v'è la possibilità di stabilire se il destinatario versi o no in colpa, in quanto il giudizio è già stato svolto monte dal legislatore.

[649] Si può fare ancora riferimento al pensiero di SALV. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 684, secondo il quale, chi riceve nel contesto delle trattative un'informazione, non può essere inteso alla stregua di *stultus, ignarus* o *negligens*, ma semmai come *prudens, peritus* e *diligens,* e ciò in quanto avrebbe a propria volta l'onere di contestare la rappresentazione offerta dalla controparte, ogni qual volta essa appaia contraria alla realtà. Ma sul tema si v. anche MANTOVANI, *sub art. 1337* c.c., cit., p. 452 ss. Una piena considerazione del problema implicherebbe, in ogni caso, che si chiarissero i rapporti che legano correttezza e diligenza nella fase delle trattative. Gli aa. citati ritengono, evidentemente, che la buona fede, in senso oggettivo sia in qualche misura incompatibile con un contegno negligente. Per questa tesi si v. diffusamente TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 225 ss.

[650] Così anche BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 172 ed ivi nota 50; P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, cit., p. 1390, per il quale se l'errore non è scusabile, è opportuno «dare maggior rilievo alla negligenza della parte in errore e lasciare il danno a suo carico».

### 3.2.6. Il risarcimento del danno in caso di dolo incidente, errore determinante e incidente. Riconoscibilità e scusabilità nel giudizio risarcitorio.

L'art. 1440 c.c., si può osservare, è l'unica norma dettata in materia di vizi del volere in cui è espressamente stabilita la possibilità che un contratto valido inneschi, comunque, una sanzione risarcitoria in capo alla parte che vi abbia dato vita tenendo una condotta contraria al dovere di buona fede *in contrahendo*[651]. A fronte di una norma con tali caratteri, i moduli argomentativi attivabili dalla dottrina sono, di consueto, due: si può leggere la norma come applicazione di un principio generale che si vede, dunque, confermato; si può, invece, intenderla come un'ipotesi eccezionale, dettata lì, e non altrove, proprio a voler segnalare che essa esprime una regola che devia dal principio[652].

Nessun dubbio, alla luce del discorso che è svolto, che l'alternativa esatta sia la prima. Si che, in definitiva, l'appiglio normativo che giustifica la teoria dei vizi incompleti è l'art. 1337 c.c[653].

La contraria opinione merita però di essere guardata con maggiore attenzione, giacché la migliore dottrina ebbe modo, in tempi lontani, di osservare come l'art. 1440 c.c. costituisse una norma eccezionale, non suscettibile, dunque, di applicazione analogica ex art. 14 disp. prel. al c.c.[654]

La conclusione era basata sulla seguente argomentazione. Il dolo incidente, si osservava, non differisce dal dolo determinante da un punto di vista strutturale, dovendosi pur sempre sostanziare in un raggiro, né diversa, tra le due ipotesi, è l'intensità del raggiro. Sono diverse, semmai, le conseguenze che il medesimo produce, dovendo da un lato aver inciso sull'*an* della stipula, dall'altro lato, invece,

[651]Sul dolo incidente si fa rinvio ovviamente a M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 31 ss., ma ai nostri fini 118 ss. Ma si v. anche sotto il vigore dell'abrogato codice, TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., *passim* (ma v. p. 142 ss., 175) e più di recente PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e ad una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in Eur. e dir. priv., IV, 2013, 1118 ss.

[652] D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 114 ss.

[653] M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p.127 ss., ma è un rilievo oramai diffuso. Da ultimo, GENTILI-CINTIO, *I nuovi vizi*, cit., p. 156 ss.

[654] MENGONI. *Metus incidens, metus causam dans*, cit., p. 28 ss.

sul *quomodo*[655]. In questo senso, si osservava, l'esclusione dell'annullamento è dettata da ragioni singolari, frutto di una scelta del legislatore costituente un'evidente *fictio,* la quale si sostanzia nel ritenere presente - non ostante il raggiro - «una volontà potenziale, la quale si sarebbe presumibilmente manifestata *nisi dolus incidisset*»[656]. Ma questa volontà potenziale in realtà era da intendersi come un puro e semplice omaggio al principio di conservazione dei contratti, dato che il dolo, se presente, non può che incidere, viziandolo, sul «consenso quale *in concreto* fu manifestato».

L'eccezionalità della norma, in altre parole, si ricavava dal fatto che in quest'ipotesi il legislatore avrebbe trascurato di reputare come vizio del consenso (determinante ai fini dell'annullamento), un raggiro che aveva prodotto un'alterazione del volere, comunque, determinante *di quel consenso* manifestato *da quel contraente* che ne era vittima[657].

Si è già osservato, per fronteggiare questa dottrina, che l'art. 1440 c.c. conterrebbe in realtà due norme distinte: l'una diretta ad escludere l'annullamento, l'altra diretta, invece, ad assicurare il risarcimento del danno. L'eccezionalità del

[655] In questo senso si giustifica la differenziazione fra dolo determinante ed incidente a seconda della realtà su cui l'errore viene a cadere. Quando si afferma, però, sulla scorta della dottrina del passato, che il dolo incidente provoca un errore che cade su circostanze non essenziali, è opportuno riferire l'aggettivo a quella che oggi è l'essenzialità in concreto (alla luce dell'art. 1439 c.c.), e cioè all'essere, l'errore, determinante del consenso. A questo proposito si v. M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p.119 e la nota 145.

[656] MENGONI. *Metus incidens, metus causam dans*, cit., p. 28.

[657] Adesivamente D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 114 ss. Il quale poi sviluppa un pensiero teso a mettere in evidenza come in realtà la differenza fra dolo incidente e determinante non possa cogliersi in relazione alla realtà su cui l'errore cade, ma dipende dalla scelta del *deceptus* di avvalersi o no del rimedio dell'annullamento (si v. 122 s. e la nota 66 ove però si riafferma che la scelta del *deceptus* dovrà essere supportata da evidenze anche oggettive). La disciplina dell'art. 1440 c.c. occorrerebbe, dunque, a rafforzare la tutela di quest'ultimo giacchè, si è spiegato, ove questa norma non esistesse, il contraente raggirato, agendo con la sola richiesta di danni, convaliderebbe il contratto, ciò comportando poi, «…la esclusione della stessa pretesa risarcitoria», o al più la sua commisurazione al solo interesse negativo. In altre parole l'art. 1440 c.c. occorre a dare al raggirato un surrogato dell'azione di annullamento, in forma risarcitoria. Notiamo come la tesi, volendo spiegare la incompatibilità fra validità e responsabilità, la utilizzi come postulato. Nel senso, fra l'altro, che la convalida lasci sopravvivere l'azione risarcitoria, invece, TRABUCCHI, *Il dolo*, cit. p. 334.

dolo incidente sarebbe da rinvenire, dunque, solo nella prima regola ricavabile dall'art. 1440 c.c., ma non certo nella seconda[658].

Quest'argomentazione non persuade[659]. Inavvertitamente, difatti, avalla proprio l'idea che il rimedio risarcitorio debba riconoscersi, *di regola*, solo nelle ipotesi di contratto invalido.

A dover essere contrastata, invece, è primariamente la tesi per cui l'art. 1440 c.c. contenga una norma eccezionale nel momento in cui esclude l'annullamento del contratto. Va compreso, in altre parole, se l'annullamento, nel sistema dei vizi del volere, si rivolga mai a tutelare il consenso «quale fu in concreto manifestato».

Al riguardo una risposta negativa è abbastanza agevole. Mantenendosi nel campo dei vizi rilevanti ai fini dell'annullamento[660], difatti, può cogliersi come il legislatore non si curi di indagare la volontà quale fu manifestata dal contraente "in carne ed ossa". Come è stato messo in luce, l'art. 1429 c.c. non considera mai l'errore sotto il profilo della sua natura di fatto psicologico, si che non solo, ovviamente, esso deve cadere sulle circostanze indicate da quella norma, ma essere altresì, determinante del consenso ad una stregua oggettiva, e cioè non per l'errante, ma secondo il comune apprezzamento (come difatti afferma chiaramente l'art. 1429 al n.2)[661]. Questa dottrina basava la propria argomentazione, finemente, sul fatto l'errore non potesse mai venire in rilievo come impulso ad agire, essendo il concetto comprensivo sia della falsa rappresentazione della realtà, che della mancata rappresentazione della stessa (ignoranza). Ma può anche osservarsi come lo stesso

[658] M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 128: «l'art. 1440 c.c. esprime - a mio parere - due principi che non vanno confusi fra loro e che possono formare oggetto di una distinta considerazione: altro è, infatti, discutere dell'eccezionalità o meno della norma in relazione all'esclusione del rimedio dell'annullamento; altro, condurre il discorso in relazione alla previsione dell'obbligo risarcitorio».

[659]Rilievi critici, ma con esiti poi non condivisibili, anche in PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1149 ss.

[660] PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1149 ss. formula la medesima obiezione, ma invocando la disciplina dell'errore essenziale non riconosciuto, cosa che, però, può apparire discutibile non essendo, quel tipo di errore, riconnesso ad un vizio del consenso (nominato). Salvo non si voglia affermare, cosa che per noi è plausibile, che la non riconoscibilità sia solo limite di rilevanza del vizio del consenso costituito dall'errore essenziale.

[661] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 347 s. (ed ivi anche la nota 47). Si noti, ma dovrebbe essere ovvio, che a tale tipologia di errore si addice la qualifica di errore incidente (o incidentale). Ora il dolo incidente altro non è, appunto, se non un raggiro che causa un errore incidente.

art. 1429 c.c. al n. 1, non precisi che l'errore sulla natura e sull'oggetto del contratto debba essere determinante del consenso. Questo silenzio del legislatore, si giustifica, ad avviso di chi scrive, non certo perché un errore siffatto possa anche non essere determinante del consenso[662], ma piuttosto proprio perché tali errori sono *in sé* determinanti, ad una stregua oggettiva[663].

Un errore essenziale, dunque, non determinante del consenso ad una stregua oggettiva, sebbene magari determinante per il consenso «quale fu in concreto manifestato», non soddisfa i requisiti richiesti ai fini dell'annullamento, secondo il nostro codice[664].

Sì che, in definitiva, si può dire che l'art. 1440 c.c. non esprime una regola, in nessun senso, eccezionale.

Passando al campo dell'errore, si è già osservato come, da tempo, si ammetta che il comportamento di chi riconosca un errore altrui, determinante del consenso sebbene non essenziale (in astratto), sia contrario alla regola dell'art. 1337 c.c. La sanzione per l'errore determinante sul motivo, dunque, sarebbe risarcitoria.

La soluzione è senz'altro esatta. Non può ritenersi, infatti, che l'irrilevanza di tale tipologia di errore sotto il profilo dell'annullamento, valga anche a sancire l'immunità sotto il profilo del risarcimento del danno in capo alla parte che concluda un contratto pur sapendo che il proprio *partner* contrattuale addiviene alla stipula sotto l'impulso di un motivo erroneo[665]. Il fatto che la regola di

[662]Se si dovesse guardare, cioè, sempre al consenso del contraente concreto, non ci sarebbero ragioni per escludere che anche un errore sulla natura del contratto possa non essere stato determinante. Si tratterebbe di casi rari, va da sé, ma di possibile realizzazione.

[663] Si v. ad es. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 783 ss. Con la conseguenza, allora, che un raggiro che induce in errore circa la natura e l'oggetto del contratto, costituisce sempre dolo determinante.

[664] Del resto, basti riflettere sulla regola della riconoscibilità. Se, ai fini dell'annullamento, conta anche la posizione del non errante, non si può chiedere a costui di scrutinare la presenza di errori che vizino il consenso quale in concreto si manifesti nella psiche della controparte. L'ancoraggio a parametri oggettivi è necessario, tanto per l'essenzialità in astratto che per quella in concreto.

[665] Si è già illustrato come questa posizione fosse stata assunta da PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento,* cit. p. 99 ss. ove si discorre di una «tenace validità del contratto nonostante il vizio psicologico di una parte e nonostante la mala fede dell'altra» e spec. poi 104 ss.; ma allo stesso modo poi, fra i tanti, QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, p. 81 ss.; BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 610; TURCO, *Interesse negativo*, cit., ad es. p. 249 s. Più ambigua la posizione che assunse BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 44, limitando i discorso alla responsabilità risarcitoria in caso di errore essenziale, sulla base, evidentemente, del pregiudizio

riconoscibilità, espressione di principi equitativi e di giustizia sostanziale riconducibili anche alla buona fede, sia stata formalizzata dal legislatore entro l'ambito dell'art. 1431 c.c., non può valere a significare che la medesima possa operare solamente a fronte di un errore essenziale[666]. Diversamente, infatti, si finirebbe ancora una volta per annichilire l'art. 1337 c.c., a vantaggio dell'art. 1338 c.c.[667]

L'errore sul motivo, dunque, può essere tutelato tramite la sanzione risarcitoria. La soluzione elaborata dalla dottrina (maggioritaria) merita senz'altro di essere confermata. Questa conclusione, tuttavia, va precisata almeno sotto due profili. Ci si limita a brevi notazioni: I) non pare corretto individuare un'ipotesi di vizio incompleto nell'errore sul motivo *riconoscibile*. Non sembra, difatti - anche a voler ritenere che il giudizio di riconoscibilità, sul piano risarcitorio, possa svincolarsi dai parametri dell'art. 1431 c.c. - che un motivo possa in sé essere riconoscibile, e che si possa dunque censurare il comportamento di chi non abbia profuso un adeguato sforzo di diligenza per riconoscere il programma soggettivo ed individuale che la propria controparte si prefiggeva di conseguire attraverso il contratto[668]; II) nel giudizio risarcitorio, poi, l'errore sul motivo (riconosciuto) dovrà anche essere scusabile. Si tratta di una soluzione coerente rispetto a quella indicata dal legislatore all'art. 1338 c.c., e non si vedono le ragioni per ritenere che quest'ultima norma sia espressione di una valutazione comparativa delle condotte dei contraenti da limitare alle cause di invalidità. Chi, con colpevole negligenza, erra sui motivi che lo inducono alla stipula, non può poi riversare tutte le conseguenze dannose che ne derivano sulla controparte, nonostante la mala fede di quest'ultima[669]. Questo, riteniamo, non già perché la "colpa" dell'errante valga a

ancora radicato (ma che pure ci si apprestava in quell'opera a smentire) di una preminenza dell'art. 1338 c.c. sulla norma precedente. Così poi anche MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 218 s.

[666]Così, invece, D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 146 ss., argomentando però in base all'inesistenza di obblighi informativi generali, al di fuori dal caso dell'art. 1338 c.c.

[667] Ove l'errore sia anche essenziale, evidentemente, il contratto è invalido e ciò consente di fondare la responsabilità sull'art. 1338 c.c.

[668]Mentre senz'altro un motivo potrà essere conosciuto. Coglie nel segno, sotto questo profilo, l'obiezione di D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1022 s. In questo senso sostanzialmente anche G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 121.

[669] Così, oltre alla già ricordata posizione di BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 172 ed ivi nota 50; P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, cit., p. 1390, anche MANTOVANI, *«Vizi*

elidere la nascita dell'obbligo di avviso in capo all'altra parte[670], quanto piuttosto per i principi che derivano, sul piano risarcitorio, dall'art. 1227 c.c.[671]

Un'altra ipotesi in cui la responsabilità precontrattuale può dirsi sussistente, pur in presenza di un contratto valido, è quella dell'errore incidente. Tale figura sottende una varietà notevole di conformazioni. Trattasi, difatti, dell'errore in assenza del quale l'errante avrebbe nondimeno concluso il contratto, sebbene a condizioni diverse[672]. Chiaro è, allora, che un tale tipo di errore può investire sia circostanze indicate dall'art. 1429 c.c. come essenziali (in astratto), che attenere ai soli motivi individuali[673].

Il trattamento normativo da assegnare a tale figura è stato a lungo dibattuto in dottrina. Vi è stato, difatti, chi ha ammesso una rilevanza sul piano dell'annullamento dell'errore essenziale incidente, argomentando in base all'istituto della rettifica[674], e chi, al contrario, ne ha escluso la rilevanza sotto

---

*incompleti»,* cit., p. 218 s. e G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 195 (i quali richiamano l'opinione di FEDELE, *Dell'Annullabilità del contratto*, cit., p. 708). Il che dovrebbe, pare, segnare ancora una volta la differenza fra il riconoscimento dell'errore ed il raggiro. L'errore prodotto dal raggiro, riteniamo, è in sé scusabile, proprio in quanto cagionato da una messinscena.

[670] Così invece MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit, p. 364.

[671] TURCO, *Interesse negativo*, cit., *passim*, ma v. spec. p. 505 ss., 607 ss.

[672]Si v. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, cit., p. 184 s.; FEDELE, *Dell'Annullabilità*, cit., p. 706. Sembra dunque legittimo dire che l'errore incidente sia quello che cade su una circostanza non essenziale, con il *caveat* che quest'aggettivo non viene usato nel medesimo senso che è comunicato dall'art. 1429 c.c. S'intende, piuttosto, che ad essere oggetto di falsa rappresentazione sono circostanze marginali o accessorie rispetto all'economica complessiva del negozio e all'interesse che il medesimo è in grado di soddisfare. In questo senso, sostanzialmente, PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 79 e QUADRI, *La rettifica*, cit., p. 77 ss. *Contra* però D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 125 s., per il quale l'incidenza non può misurarsi in base all'oggetto della falsa rappresentazione della realtà, collocandosi la differenza tra errore determinante ed incidente sul nesso di causalità (tra falsa rappresentazione e stipula). Nulla esclude, afferma l'A., che un errore su una clausola accessoria possa essere determinante del consenso quale in concreto manifestato. Questa valutazione, riteniamo, lascia trasparire una visione accentuatamente volontaristica, che non regge più alla luce della norma sulla riconoscibilità.

[673] Si tratta di un rilievo che è sfuggito a parte della dottrina, ma che non può essere messo in dubbio. La differenza fra errore determinante ed incidente è relativa difatti all'essenzialità in concreto, e non in astratto. L'errore incidente non è, dunque, un errore sui motivi, bensì un errore che può cadere su questi, o su circostanze essenziali (ex art. 1429 c.c.) ma non essere determinante del consenso. Si v. molto chiaramente in tal senso MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 256 ss., e spec. la nota 208.

[674] L'art. 1432 c.c., com'è noto, consente al non errante, prima che dall'errore derivi pregiudizio, di offrire alla propria controparte di eseguire il contratto conformemente al contenuto e alle modalità del contratto che questa intendeva concludere. Se così è, si è osservato, quello preso

qualsiasi profilo[675]. L'una e l'altra soluzione non sembrano persuasive. Ammettere l'annullamento in caso di errore incidente, da un lato, non è in linea con la previsione dell'art. 1440 c.c., la quale dimostra che un errore incidente prodotto da raggiri non ha rilevanza sul piano dell'annullamento. Dall'altro lato va ancora una volta osservato come pure in assenza dei presupposti dell'annullamento potrebbero dirsi integrati quelli della responsabilità precontrattuale, in capo alla parte che non abbia informato la propria controparte di essere caduta in errore, pur avendo la possibilità di farlo.

Anche in tal caso è da ritenere che vada tenuto conto della scusabilità dell'errore, nel giudizio risarcitorio, e che l'errore incidente sul motivo individuale debba essere riconosciuto, non potendosi discorrere di mera riconoscibilità dei motivi[676].

Una volta ammessa la rilevanza, sul piano risarcitorio, di tali vizi incompleti, risulta più semplice determinare l'estensione degli obblighi di informazione che gravano sulle parti durante le trattative, e sul novero delle circostanze che essi sono tenuti a comunicare[677].

---

in considerazione dalla norma è un errore incidente, giacchè lascia supporre, appunto, che l'errante avrebbe ugualmente concluso il contratto ma a condizioni diverse. Se la rettifica occorre ad evitare l'annullamento, ciò significa che l'errore incidente può condurre all'invalidità. Insomma, in parallelo con il dolo incidente, qui il principio di conservazione si esprimerebbe non nel senso di escludere l'annullamento, ma di dare la possibilità di impedirlo, rettificando (cfr. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, cit., p. 188; FEDELE, *Dell'Annullabilità*, cit., p. 711; con qualche peculiarità in più ma sostanzialmente così anche LUCARELLI, *Lesione d'interesse*, cit., p. 101; D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 127 ss.). Non è sempre chiarito, da parte di questi A., quale sarebbe la sorte dell'errore incidente sul motivo, ma il loro periodare lascia supporre che sia quella dell'irrilevanza sotto ogni profilo.

[675] DALMARTELLO, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1963, p. 25 ss.

[676] In questo senso già QUADRI, *La rettifica*, cit., p. 81 ss.; MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 218 s. e G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 195.

[677] Sul tema degli obblighi informativi scaturenti dall'art. 1337 c.c. (e dunque dalla clausola generale e non da altre e puntuali disposizioni di legge), la bibliografia è assai vasta, qui ci si è avvalsi delle opere di GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., *passim;* GRUNDMANN*, L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento, in Europa e dir. priv., 2001,* p. 257 ss.; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 91 ss.; 270 ss.; MANTOVANI, *sub 1337*, cit., p. 452 ss.; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 195 ss.; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 641 ss.; VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241 ss., e di altri A., che saranno citati nel prosieguo e da ultimo GRANELLI, *Gli obblighi informativi*, cit., p. 1200 ss.

Chi ha esaminato la materia, pur tenendola spesso distinta dai temi appena trattati[678], è concorde nell'affermare che gli obblighi di informazione: I) sono variabili, dipendendo dalle qualità dei contraenti, dalla natura e dall'oggetto dell'operazione economica che gli stessi concluderanno, nonché dalle circostanze del caso concreto[679]; II) alla luce degli elementi appena indicati, si estendono fino a comprendere tutto quanto una parte deve reputare importante per l'altra, al fine di compiere una consapevole valutazione circa l'opportunità del contratto che si andrà a concludere[680]; III) occorrono a rimediare una situazione di asimmetria informativa, nel senso che la loro sussistenza dipende dalla maggiore prossimità di una parte ad un'informazione utile anche per l'altra. Così che non è oggetto dell'obbligo la comunicazione di un'informazione equidistante, ma che una parte ignori per negligenza (il modulo è, insomma, quello dell'art. 1338 c.c.)[681].

Si può così osservare come gli elementi: *sub* I) richiamano i criteri di riconoscibilità dell'errore di cui discorre l'art. 1431 c.c.; *sub* II) fanno riferimento all'essere, l'oggetto della falsa rappresentazione, relativa ad una circostanza

[678]Vi è, invero, una differenza fra l'informare e l'avvisare di essere caduti in errore. Non è da credere, però, che tale differenza possa essere esasperata, giacché vi è comunque un momento che intercorre fra il verificarsi della falsa rappresentazione della realtà e la conclusione del contratto in cui la circostanza oggetto d'informazione può essere comunicata. Né, pare, la violazione dell'obbligo di informazione può essere sanzionata lì dove il destinatario dell'informazione non cada in errore. Ricava l'estensione degli obblighi di informazione direttamente dalla disciplina dell'errore, invece, GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 83 ss.

[679] V. ad es. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 214 s.; ma già BENATTI, La responsabilità precontrattuale, cit., p. 45.

[680] Si v. ad es. SAL. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 683 s. per il quale le trattative implicherebbero un «dovere di presentazione in conformità della realtà e non solo di una realtà generica ma di quella specificamente aderente alla causa del contratto»; MANTOVANI, *sub 1337*, cit., p. 461, a cui si rimanda per ulteriori precisazioni. Va detto, in ogni caso, come ad oggi si tenda per lo più non a determinare in positivo l'estensione degli obblighi informativi, bensì in negativo. Secondo un orientamento diffuso sarebbero così da escludere le informazioni relative ai dati di mercato, e quelle ottenute sostenendo dei costi specifici per le quali varrebbe la c.d. *property rule* (si v. ad es. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 195 ss. e A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento*, cit., p. 88 ss.)

[681] MANTOVANI, *sub 1337*, cit., p. 457; GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 89 ss.; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 215 ss. La dottrina qui richiamata è concorde nell'affermare come l'art. 1337 c.c. operi in funzione di un'esigenza di riequilibrio di una disparità di potere negoziale in concreto realizzatasi. Va da sé che quando gli obblighi informativi sono posti dal legislatore, l'asimmetria informativa è *in re ipsa*, e dunque non sarà certo possibile svolgere alcun giudizio sul contegno del destinatario dell'informazione.

determinante o incidente; *sub* III) sono i medesimi criteri utilizzabili nel giudizio di scusabilità dell'errore[682].

### 3.2.7. Approfittamento dell'altrui debolezza intellettiva e rimedio risarcitorio.

Esaminando l'area di rilevanza delle debolezze intellettive, si era concluso che le ipotesi che il nostro ordinamento non include nel perimetro di un rimedio invalidatorio, segnatamente dell'annullamento per errore e dolo, afferiscono ai casi di mancato disvelamento di un errore o induzione in errore (in entrambi i casi non essenziale), tramite un'attività che non si sostanzia in un raggiro (sono le ipotesi del mendacio o della reticenza, intenzionale o colposa)[683].

Ora si può dire che, in quelle ipotesi, l'abuso della controparte trova sanzione attraverso il rimedio risarcitorio, avendo questo la capacità di correggere ed eliminare, sebbene *ab externo,* il pregiudizio sofferto dalla parte "debole".

Applicando i criteri sopra delineati circa le condizioni per poter affermare la responsabilità risarcitoria in capo alla parte che ha dato causa o non ha corretto l'errore, è evidente che qualche precisazione merita il riferimento alla scusabilità.

Si è già chiarito che deve ritenersi scusabile l'errore in cui il contraente sia incorso, alla presenza di un'asimmetria informativa. Quando la dottrina, spesso con espressione atecnica, fa riferimento alla "distanza" di una parte da un dato della realtà utile per compiere una seria valutazione dell'affare che si accinge a concludere, sembra alludere, difatti, alla non acquisibilità di quel dato, da parte di uno dei contraenti, sebbene impiegando l'ordinaria diligenza.

Qualora si verifichi una situazione siffatta, va da sé, la parte che si trova "vicina" all'informazione (cioè la possiede o può possederla con l'uso della normale diligenza) sarà tenuta in buona fede a comunicarla, essendole altrimenti imputabile l'errore in cui sarà incorsa la controparte.

---

[682] Il rapporto tra informazione ed errore, va osservato, è per forza di cose molto stretto. Quando si tratta di obblighi nascenti dall'art. 1337 c.c., a determinare il contenuto di questi non può essere l'avvio della trattativa, ma semmai il verificarsi, in quella della presenza di un errore, o di circostanze che possono suggerire che il medesimo si sia verificato.

[683] Si rinvia quindi a quando esposto *supra* nel Cap. II, al par. 2.1.3. Si esclude, dunque, che in dette ipotesi possa dirsi riscontrabile senz'altro la presenza del dolo come vizio del volere.

È da ritenere che la medesima situazione si verifichi anche qualora un dato della realtà sia astrattamente "equidistante" ad entrambe le parti, e tuttavia una di esse non sia in grado, per proprie caratteristiche personali, di acquisirlo o di rappresentarselo correttamente e coglierne il significato[684]. Applicare, in queste ipotesi, un modello eccessivamente astratto e standardizzato di comportamento, rischierebbe, difatti, di indurre a rimproverare ad una parte di non aver tenuto una condotta che non era obiettivamente in grado di tenere[685].

Considerazione, questa, che potrebbe apparire troppo indulgente, ma che si giustifica sulla base della considerazione che l'altro contraente, per potersi dire effettivamente gravato da un obbligo di informazione, in tal caso, dovrà essere consapevole della situazione di asimmetria che si è in concreto realizzata, e cioè essere al corrente delle condizioni personali che impediscono all'altra parte di rappresentarsi correttamente la reale portata dell'affare che si sta progettando.

Sono i criteri, d'altra parte, che la dottrina ha elaborato ai fini del giudizio di riconoscibilità dell'errore, che si sono a suo tempo ricordati: le qualità personali, si era detto, rendono appariscente l'errore soltanto ove si palesino all'altro contraente. Alle stesse condizioni, è da ritenere, si palesa la necessità di informare, e di rincalzo la mala fede nel non informare[686].

---

[684]L'esame di tale problematica non è frequente nella dottrina. Si v. ad es. GRISI, *L'obbligo precontrattale*, cit., p. 102 s. lì dove (pur nel contesto di un esame dei rapporti fra obblighi di informazione e *dolus bonus*) si afferma come non avrebbe rilievo l'approfittamento di «condizioni personali (ignoranza, eccessiva superficialità, disattenzione, imperizia, credulità, inesperienza) della controparte», poiché ciascun contraente «deve poter credere di avere a che fare con una persona dotata delle comuni qualità, e, quindi al corrente dei canoni fondamentali che determinano il "costume commerciale" ed ispirano lo svolgimento dei traffici». E tuttavia l'A., subito dopo aggiunge che «diverso è il caso in cui il contraente "esperto" sorprenda la buona fede del contraente "inesperto" occultandogli circostanze decisive…o, comunque, condizionanti la sua volontà».

[685]Il tema è sfiorato da DE POLI, *Asimmentrie informative*, cit., p. 351 ss., sia pure nel contesto dell'art. 1338 c.c. L'A. richiama lì alcune tesi dottrinali volte a intendere in senso soggettivo la *culpa* (/*diligentia*), prescindendo dal confronto con un modello eccessivamente standardizzato di contraente medio (fra di queste, primariamente, G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 203 ss.), facendo però mostra di non giudicarle accoglibili alla luce del diverso orientamento espresso dal legislatore con l'art. 1176 c.c. Che il nostro codice abbia accolto un modello oggettivo di contraente diligente (e che dunque il dibattito fra diligenza soggettiva ed oggettiva non abbia ragion d'essere) è sostenuto dalla maggior parte degli studiosi (si v. già RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, 1964, p. 542; CASTRONOVO, *sub 1176*, nel *Comm. al Cod. civ.* diretto da Cendon, Torino, 1991, p. 30 ss.).

[686] Il riferimento è alle osservazioni di PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit. p. 222, come già ricordato nel Cap. II, al par. 2.1.3.

Chiariti questi aspetti, non si può concordare del tutto con quella parte della dottrina che esclude dal novero delle circostanze che devono essere oggetto di comunicazione i c.d. dati del mercato, e cioè il valore delle prestazioni discendenti dal contratto[687]. Non vi è dubbio, difatti, che le parti non debbano illuminarsi a vicenda circa la convenienza che l'affare produrrà per l'una o per l'altra, poiché si tratterebbe di un onere nemmeno immaginabile. Nemmeno, di regola, deve essere comunicato - il che è cosa diversa - il valore di mercato del bene oggetto del contratto della cui conclusione si tratta[688]. Tuttavia, quando una parte si renda conto che l'altra si accinge a concludere un contratto accettando uno scambio a valori inferiori a quelli di mercato, e sappia che la medesima è affetta da una forma di debolezza intellettiva, non può non collegare i due elementi[689], e, secondo correttezza, alternativamente svelare l'errore (cioè fornire l'informazione) o non addivenire alla stipula. Ad opinare diversamente, difatti, diverrebbe del tutto inconsistente l'affermata rilevanza, sul piano risarcitorio, dell'errore sul motivo riconosciuto[690].

---

[687]Si v. ad es. come già ricordato MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 195 ss.; A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento*, cit., p. 88 ss.; MANTOVANI, *sub 1337*, cit., p. 457; GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 89 ss. Se con ciò si vuole dire che i dati di mercato non formano oggetto d'informazione, perché, solitamente, sono acquisibili con l'ordinaria diligenza, allora, *nulla quaestio*.

[688]È ben vero, difatti, che la convenienza attiene a valutazioni soggettive, il che però non deve portare ad affermare che ogni qual volta venga in gioco un discorso sul prezzo o sul valore ci si riferisca con ciò alla convenienza. Lo dimostrano, se non altro, le norme sulla rescissione per lesione. Possiamo dunque dire che le l'obbligo di informazione circa la convenienza dell'affare non esiste, quello circa il valore delle prestazioni non è di regola esigibile.

[689] Queste due condizioni consentono, a mio avviso, di ritenere riconosciuto un errore. Si v. al riguardo ancora PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit. p. 222. Valgono, anche qui, le due limitazioni evidenziate dall'A. L'errante non deve, cioè, aver mascherato le proprie caratteristiche personali manifestando indici di apparenza di segno diverso (es. essersi presentato come intenditore), e non deve aver trattato con un soggetto a propria volta privo della capacità di rappresentarsi correttamente i dati della realtà in suo possesso.

[690] Il periodare della dottrina che esclude dall'oggetto degli obblighi di informazione il valore delle prestazioni, si rivela, dunque, spesso contraddittorio. Tanto più se si considera che la dottrina è solita criticare con una certa asprezza la giurisprudenza nel momento in cui quest'ultima afferma la sussistenza, sempre e comunque, della colpa in capo al contraente che ignori l'esistenza di una causa di nullità derivante dalla violazione di una norma imperativa. Se si critica quel modulo argomentativo, che fa leva sulla conoscibilità a tutti i consociati delle norme di legge, non può poi affermarsi che tutti avrebbero l'onere di conoscere i dati del mercato. Si v. sul tema ad es. MANTOVANI, *sub 1337*, cit., p. 494 s. Sulla necessità, nel caso di violazione di norme imperative, di tener conto del grado di esperienza di ciascuna parte, v DI SAPIO., Ignorantia legis *e responsabilità precontrattuale*, in *Giust. Civ*., I, 1998, p. 2773 ss.

Possiamo a questo punto trarre con maggiore puntualità le conclusioni.

Ignoranza, inesperienza e mancanza di abilità a trattare sono rilevanti anche nel nostro ordinamento, nel senso che il loro abuso dà luogo almeno ad un rimedio risarcitorio ogni qual volta alla stipula si riconnetta un pregiudizio valutabile in termini patrimoniali. È però necessario, a tal fine, che tali forme di debolezza si riconnettano - diremmo in modo un poco colloquiale - ad un "modo di essere" e non un "modo di fare" del contraente pregiudicato nella contrattazione.

Per essere più chiari, l'ignoranza non potrà essere intesa quale mera mancata rappresentazione della realtà, ma dovrà radicarsi in un *deficit* culturale. L'inesperienza e la mancanza di abilità a trattare, invece, dovranno radicarsi in un *deficit* di competenze nel mondo degli affari. *Deficit*, questi, in grado di palesarsi alla controparte, al fine di attivare, in base alle circostanze del caso, la condotta che la buona fede impone. In questa prospettiva è chiaro che si fatica ad intravvedere nell'imprevidenza una situazione di debolezza pienamente tutelabile, a meno che la medesima non sia causata a propria volta da un *deficit* di cultura o competenze.

È necessario, in definitiva, che la formula "debolezza intellettiva" non serva, in realtà, a celare sotto di sé condotte riconducibili, né più né meno, che alla negligenza, la quale, se sussiste, non può non rilevare nel senso di limitare o escludere il risarcimento del danno alle condizioni dell'art. 1227 c.c.

Queste stesse ragioni, d'altra parte, inducono a valutare con minore rigore il comportamento richiesto alla parte pregiudicata dalla contrattazione in una relazione fiduciaria. È connaturale al concetto di fiducia, difatti, che una parte faccia affidamento sulle qualità morali dell'altra, non impiegando, allora, uno sforzo (che in altre circostanze si definirebbe) adeguato per acquisire i dati della realtà per sé rilevanti. Qui il modo d'essere della relazione, elide, per così dire, la necessità di valutare il contegno della parte pregiudicata, non incontrando, la sanzione risarcitoria, alcun ostacolo[691].

[691] Va ritenuto, poi, che le medesime considerazioni ora esposte valgano anche per il caso in cui il contegno di uno dei contraenti risulti mendace. Fornire un'informazione sbagliata, difatti, pur non essendo per forza di cose equivalente ad un raggiro, nondimeno vale a giustificare la fiducia riposta nel destinatario dell'informazione stessa, sostanziatosi nell'evitare di eseguire ulteriori controlli circa il contenuto delle circostanze comunicate. Si v. a tal proposito DE POLI, *Asimmetrie informative*, cit., p. 354 s.

### 3.2.8. Abuso dell'altrui stato di debolezza volitiva. Violenza incidente, approfittamento e lesione *infra dimidium*, abuso dell'altrui dipendenza o timore.

Restano, infine, da esaminare i casi di approfittamento dell'altrui debolezza volitiva, che il nostro ordinamento non riconnette ad un rimedio capace di incidere sulla stabilità del vincolo contrattuale.

Va rilevato, in primo luogo, come non sia da ritenere che la violenza incidente possa essere intesa, alla luce del disegno normativo espresso dal codice, alla stregua di un vizio incompleto del contratto[692]. Di certo la figura può ammettersi, da un punto di vista logico, essendo immaginabile una minaccia in presenza della quale il contratto sarebbe stato concluso ugualmente, ma a condizioni diverse[693]. Nè, in detta ipotesi, secondo noi potrebbe invocarsi, per giustificare l'esclusione dell'annullamento, l'eccezionalità del dolo incidente, giacché si è detto come, quella norma, non si presti ad essere intesa, sotto nessun profilo, come eccezionale[694].

Va però osservato come, in caso di violenza, le ragioni del traffico - che nel caso dell'errore e del dolo impongono di tutelare l'altrui affidamento incolpevole, e giustificano, in definitiva, lo stesso principio di conservazione del contratto - non sembrano essere tenute in considerazione dal legislatore. Quest'ultimo impone di guardare alla sola condizione del minacciato, e alla presenza dei requisiti indicati dall'art. 1435 c.c., concede un rimedio invalidatorio. Rimedio che non è condizionato sotto nessun profilo: non si richiede che la minaccia provenga dalla controparte né che questa ne sia a conoscenza, né si fa esplicita menzione del dover essere, il timore, determinante del consenso. Si è molto vicini, dunque, alla tutela

[692] Così invece fra gli altri TRABUCCHI, voce *Violenza,* cit., p. 953; ed anche MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 259 ss.

[693] La configurabilità logica della violenza incidente era esclusa, invece, sebbene sotto il vigore del vecchio codice, da FUNAIOLI, *La teoria della violenza nei negozi giuridici*, Roma, 1927, p. 30 ss. sulla base del rilievo per cui, comportando la violenza una totale sovrapposizione delle volontà di un contraente sull'altro, sarebbe impossibile accertare in quale direzione si orienti il comportamento della vittima in assenza della medesima.

[694] MENGONI. *Metus incidens, metus causam dans*, cit., p. 26 ss.

del consenso «quale fu in concreto manifestato»[695]. Perciò è da ritenere che l'azione di annullamento, qui, sia nella piena disponibilità del minacciato, avendo il legislatore fatto mostra - in questo caso - di trascurare eventuali ragioni altrui[696].

Il che non toglie, a nostro avviso, che se il minacciato, nonostante la violenza, voglia mantenere in vita il contratto (reputandolo comunque in grado di soddisfare un suo interesse), possa esperire la sola azione risarcitoria, non ravvisandosi alcuna pregiudizialità fra questa e l'azione di annullamento[697].

Ragionando sempre intorno alla disciplina normativa della violenza, poi, va ricordato come, in dottrina, si sia ipotizzato di individuare alcune ipotesi di responsabilità risarcitoria nei casi in cui non si potrebbe dire integrata una vera e propria minaccia (c.d. pressione «debole»), o nei casi in cui si sia alla presenza di un mero approfittamento di uno stato di timore, derivante da diverse cause, fra cui anche uno rapporto di dipendenza fra i contraenti, tale da rendere l'uno succube dell'altro[698].

Se si accetta la ricostruzione a suo tempo fornita, si potrà notare come, in questi casi, i margini per potersi discorrere di veri e propri vizi incompleti si rassottiglino alquanto. Ad avviso di chi scrive, difatti, le c.d. pressioni deboli risultano pur sempre condotte idonee ad indurre alla stipula, e dunque a

---

[695] Si cita nuovamente l'espressione di MENGONI. *Metus incidens, metus causam dans*, cit., p. 28 s., riferita però al dolo.

[696]Sembrano corretti, in questo senso, i rilievi di buona parte della dottrina. Fra cui: ALLARA, *La teoria generale*, cit., p. 202 ss.; CARRESI, *La violenza nei contratti*, cit., p. 412; D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 135 s. ed anche CAVALLO BORGIA, *Dell'annullabilità del contratto*, cit., p. 347 ss. Con ciò riteniamo che la teoria dei vizi incompleti non sia scalfita nemmeno in minima parte.

[697]In questo senso già TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 318, facendo leva sui differenti presupposti che giustificano le due azioni, ma più di recente si v. BIANCA, *Il contratto,* cit., p. 664 e ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 759. Si indica questa soluzione consapevoli che la medesima non è esente, come sempre, da qualche aporia. Per un quadro delle problematiche sottese all'argomento della (eventuale) pregiudizialità dell'azione di annullamento su quella risarcitoria, si v. PAGLIANTINI, *Tutela per equivalente di un contratto annullabile e principio di effettività: appunti per uno studio*, in *Nuove leggi civ. comm*., II, 2014, p. 645 ss.

[698] In questo senso MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 244 ss. L'A. arriva ad escludere che possa fondare una responsabilità risarcitoria solamente quella minaccia che si presenti come palesemente inattendibile, per non essere percepibile come seria dalla generalità dei consociati, una pressione, insomma, tollerata sul piano sociale (cfr. p. 251), che potremmo chiamare *metus bonus.* Rilevanti sul piano risarcitorio, in quanto espressioni di mala fede, sarebbero, invece, quelle pressioni non caratterizzate nel modo indicato dall'art. 1435 c.c. (minaccia, dunque, di un male non notevole, o non ingiusto), o abusi di timore reverenziale ex art. 1437 c.c.

determinare, in concreto, il consenso altrui, potendo allora venire in considerazione quali forme di vera e propria minaccia, qualora la natura della relazione che s'instaura fra le parti sia tale da consentire un minor rigore nel valutare i requisiti posti dall'art. 1435 c.c. Si è a suo tempo ricordato come l' "apertura" che la norma contiene ad una maggiore considerazione del caso concreto (col riferimento all'età, al sesso ed alla condizione delle persone), consenta di valutare entro una logica "relazionale" anche i requisiti della notevolezza e dell'ingiustizia del male[699].

Anche l'abuso dell'altrui stato di dipendenza o soggezione psicologica può venire in considerazione sotto il profilo dell'annullamento, ove si accetti di estendere il perimetro applicativo dell'art. 428 c.c. a quelle ipotesi che la giurisprudenza vi ritiene escluse, ma che riconduce entro il concetto di deficienza psichica. Sarà però necessario, in tali casi, che il vincolo di soggezione sia tale da dar luogo a delle dinamiche anomale fra incube e succube, tali da privare quest'ultimo di ogni capacità di resistenza[700].

Sì che, questi vizi, sembrano capaci di essere "completati" nel modo sopra indicato. Ovviamente va ribadito come, in linea di principio, non vi sia nessuna preclusione a ritenere configurabile, negli interstizi non coperti dai rimedi invalidatori - pur se ampliati, come visto- la presenza del solo rimedio risarcitorio.

Rientra senz'altro, invece, nel novero dei vizi incompleti l'approfittamento dell'altrui stato di bisogno che non attinga la soglia della lesione *ultra dimidium*[701]. Non può giudicarsi conforme a buona fede, difatti, la condotta di chi, sapendo che la propria controparte versa in condizioni economiche precarie, ne abusi e accetti di concludere con questa un contratto a condizioni svantaggiose. A ragionare diversamente, infatti, si riterrebbe conforme a buona fede la condotta di chi, al limite, ben conoscendo il dettato degli artt. 1448 ss. c.c., studi ad arte le clausole contrattuali in modo da mantenere il livello della lesione al di sotto della metà. Questa conseguenza non pare, invero, accettabile[702].

---

[699] Per cui si rinvia *supra*, Cap. II, nel par. 2.1.5.

[700] Per cui si rinvia *supra*, Cap. II, al par.2.2.9.

[701] Per questa conclusione già SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, cit., p. 350 ss., G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 234 ss. e poi M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti»,* cit., p. 273 ss. Sul raccordo tra la rescissione e l'art. 1337 c.c. si rinvia a quanto già esposto nel par. 3.1.2. di questo capitolo.

[702] Per questa considerazione si v. SACCO, *Il contratto*, I, cit., p. 357.

Ogni obiezione[703] che potrebbe opporsi alla rilevanza almeno risarcitoria della lesione *infra dimidium* è scalzata, ad avviso di chi scrive, dal dettato dell'art. 644 c.p. Questa norma rende palese, difatti, la riprovazione dell'ordinamento nei confronti della condotta di chi concluda con la propria controparte che versi in difficoltà economiche o finanziarie un contratto recante prestazioni sproporzionate. Anche di fronte ad una sproporzione non qualificata, dunque, una qualche reazione da parte dell'ordinamento s'impone. Si è già escluso che tale sanzione possa essere la nullità, o, di regola, un altro rimedio invalidatorio. Non può, tuttavia, essere negato anche il risarcimento del danno. Si avrebbe, diversamente, una norma penale priva di conseguenze sul terreno civilistico[704].

Tanto più nell'ipotesi di lesione *infra dimidium*, riteniamo, il concetto di approfittamento non dovrà essere inteso come mera conoscenza dell'altrui stato di bisogno, ma dovrà connotarsi in modo più intenso, di modo che nei suoi estremi ricadano le condotte di chi con intenzione abbia abusato della debolezza altrui al fine di recare una lesione. Con ciò, dovrebbe essere superata anche l'obiezione di chi ha notato come concedere al contraente bisognoso un rimedio, anche non demolitorio, nelle ipotesi di cui diciamo, avrebbe l'effetto collaterale di isolarlo dalle contrattazioni, non essendovi più alcuno disposto a contrattare esponendosi al rischio di una sanzione[705].

---

[703] Cfr. D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 342 ss., ove si fa leva sul fatto che l'art. 1450 c.c. ammette la riconduzione ad equità del contratto rescindibile, solo ad iniziativa del contraente che abbia approfittato del bisogno, e solo a fronte di una lesione *ultra dimidium.* Riconoscere la responsabilità risarcitoria in caso di lesione che non raggiunga quella soglia, allora, significherebbe aggirare la previsione normativa.

[704]Anche a tal proposito si fa rinvio a quanto già osservato *supra*, nel Cap. II, al par. 2.2.4.

[705] D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., p. 35 s. ed ivi spec. nota 55. Non si può non sottolineare, comunque, come l'A. abbia avuto modo (voce *Nullità non testuale*, cit., p. 806 ss.) come si è già illustrato, di propendere per la nullità virtuale del contratto integrante gli estremi dell'usura in concreto. Sì che le alternative sono due: o egli, in quella voce, si riferiva alle ipotesi di usura in concreto pecuniaria ma non reale, oppure intravvedeva dei casi (che noi non vediamo) in cui sussisterebbero i presupposti per integrare il reato di cui all'art. 644 c.p. comma 3° ma non quelli per la rescissione.

Un sicuro ripensamento, invece, ha avuto l'A., nello scritto citato (*Giustizia contrattuale* cit., p. 35), circa la figura del dolo omissivo, altrove ammessa (*L'isola che non c'è*, cit., p. 36), ma qui decisamente respinta. Nell'uno e nell'altro caso con argomentazioni funzionali a negare l'ammisssibilità della tutela risarcitoria in presenza di un contratto valido.

## SEZ. III. BUONA FEDE E INVALIDITÀ.

### 3.4.1. Buona fede *in contrahendo*, vizi atipici e annullabilità. Inaccoglibilità della tesi che ricava regole di validità dalla regola di correttezza.

L'art. 1337 c.c., si è detto, costituisce la norma cardine nella disciplina delle trattative e della formazione del contratto ed esprime un principio di giustizia, consistente nella necessità redistribuire i vantaggi e gli svantaggi dell'operazione negoziale secondo l'onestà di ogni parte[706]. Nonostante il dibattito in dottrina circa la legittimità di questa interpretazione sia ancora acceso, non è da credere che la medesima si presenti come innovativa, essendo piuttosto tratta dal significato comunicato dallo stesso dettato legislativo. Si tratta, in altre parole, di prendere atto che l'art. 1337 c.c. è una norma che fa uso della buona fede per regolare la responsabilità precontrattuale, e che la mala fede ha modo di estrinsecarsi nelle forme più varie, le quali tutte meritano sanzione[707].

Si è detto, però, che quella sanzione è risarcitoria, non potendo l'interprete ricavare ipotesi di invalidità non edittali. Il principio di distinzione, così inteso, costituisce anche una scelta di un metodo, rappresentativo di un certo modo di leggere la disciplina legislativa, prestando un grado elevato di fedeltà al diritto positivo.

Non tutti, ovviamente, condividono queste premesse[708]. Fra le varie tesi che potrebbero essere considerate in questo senso merita particolare attenzione quella di Rodolfo Sacco[709]. La tesi è ben nota, e dunque ci si limiterà ad esporla brevemente e a spiegare le ragioni di dissenso verso la medesima.

---

[706] Ci si riferisce alle tesi di PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p.118.

[707] Di modo che, come già ripetuto, non sarà necessario che la condotta connotata da mala fede raggiunga gli estremi di un vizio del volere tipico.

[708] Con vari accenti, si v. tra molti SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., *passim*; A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento*, cit., p. 70 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza del principio di distinzione*, cit., *passim*; GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte,* cit., p. 418 ss.; ID, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impresa*, 2000, p. 919 ss.; PROSPERI, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole,* cit., p. 584 ss.; ma si v. anche più in generale P. GALLO, *Contratto e buona fede (buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto)*, Torino, 2014, *passim*.

[709] Si v. da ultimo SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, 2016, passim, ma spec. p. 423 ss. e 443 ss.

L'evoluzione che ha compiuto l'interpretazione dell'art. 1337 c.c., e che l'ha condotta ad avere il ruolo prima descritto, è stata accompagnata e propiziata proprio dalle tesi dell'A. a cui ora si fa riferimento. Egli, tuttavia, preso atto della latitudine della buona fede *in contrahendo*, e dell'importanza assiologica primaria che la norma riveste, ha ritenuto di intenderla non solo, e non tanto, come norma disciplinante la *responsabilità* precontrattuale, ma piuttosto come espressione di un principio generale capace di svilupparsi anche in direzioni diverse.

In particolare, la buona fede sarebbe capace di guidare un'interpretazione evolutiva delle stesse norme disciplinanti i vizi del volere, determinandone l'estensione, e coprendo eventuali lacune che i medesimi dovessero presentare. In breve, grazie alla latitudine della buona fede l'interprete potrebbe, per così dire, completare le fattispecie di vizi incompleti, e ricondurli al piano dell'invalidità[710].

Ciò è evidente, in particolare, per errore e dolo, che sarebbero in buona sostanza interpretabili come un unico vizio del consenso che ha ai suoi estremi, da un lato una patologia del volere (una falsa rappresentazione della realtà), e dall'altro la mala fede di un contraente. Si è già esposto come, per l'A. in parola, il riconoscimento di un errore, sia o no essenziale, costituirebbe un comportamento in mala fede, parificabile ad un raggiro. Il tutto si può compendiare nella massima: «non vediamo la possibilità di zone neutre, in cui la buona fede sia di già violata…l'inganno sussista e tuttavia si sia fuori dal raggiro»[711].

Allo stesso modo dovrebbe accadere per la disciplina della violenza. Il termine minaccia, per l'A., dovrebbe essere considerato non nel suo significato letterale ma, alla luce dell'art. 1337 c.c., come sinonimo di mala fede: «il timore vizia se sussiste la mala fede [e] questa si identifica *alternativamente* nell'abuso, nella scienza, o nella causazione»[712].

---

[710] SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 545, ove si parla senza lasciare equivoci di «superamento del codice», e si v. poi pure 607 ss.

[711] SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 542, (e più in generale, a proposito del dolo e dell'errore si v. 553 ss.), lì dove con la consueta chiarezza si evidenza come il concetto di raggiro debba essere determinato alla luce dell'art. 1337 c.c., così che è raggiro ogni comportamento contrario a buona fede che abbia l'effetto di indurre in errore.

[712] SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 569 ove si prosegue: «Il legislatore ha menzionato solo la terza ipotesi. L'analogia e i principi consentono di rimediare alla sciatteria dei testi». Anche qui, però, va notato come, in modo non del tutto coerente, il caso dell'abuso di timore non causato, venga regolato, secondo Sacco, applicando analogicamente l'art. 428 e non 1434 c.c.

L'art. 1337 c.c., insomma, non disciplina solo la responsabilità precontrattuale, ma consente anche di determinare, in nome di interpretazioni estensive o analogiche dei vizi tipici, l'area dell'invalidità. E difatti è affermato molto chiaramente come «*ovunque si possa dire che la volontà è stata condizionata da un elemento patologico, altrettanto si deve dire che un rimedio deve esistere*»[713].

A supporto dell'affermazione vengono citate, poi, oltre che le previsioni del codice, anche alcune norme di settore a tutela del consumatore o dell'impresa debole. Il diritto di recesso (inteso quale rimedio alla sorpresa), consentirebbe così di trasformare il concetto di incapacità naturale, che diverrebbe sinonimo di «mancata ponderazione»[714]. Le norme sugli obblighi informativi, poi, andrebbero ad integrarsi con la rinnovata disciplina dell'errore e del dolo, facendola trasfigurare nella categoria della «disinformazione»[715]. L'abuso di dipendenza economica e l'abuso di posizione dominate, si integrerebbero, poi, con la disciplina della violenza e della rescissione mettendosi a sistema nella terza categoria, la «costrizione»[716].

L'estensione dei vizi tipici, insomma, sarebbe giustificata in nome della buona fede, ed incoraggiata dalle norme di settore[717]. In realtà, almeno per chi scrive, la tesi dell'illustre A., sul punto, non sembra sempre lineare. Non si comprende, in altre parole, il ruolo assegnato dalle norme di settore nella interpretazione dei tradizionali vizi: ora le norme di settore vengono usate per giustificare l'estensione dei vizi tradizionali; ora si afferma che l'integrazione delle prime nei secondi è resa possibile grazie all'ampiezza già acquisita da questi ultimi per via della buona fede.

---

[713] SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 609, ma ancora a livello più generale si v. come nell'*op.cit.*, la trattazione sui vizi del volere si chiuda con una sezione eloquentemente dedicata alle «regole d'insieme» (p. 603 ss.).

[714] SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 461 ss. e 474 ss.

[715]SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 483 ss. e 551 ss., ove esaminando gli obblighi di informazione posti da specifiche fonti di legge, si nota: «il legislatore speciale procede con empiria, e non pensa all'art. 1439 c.c. it. Ma procede e, involontariamente, modifica il significato dell'art. 1439».

[716] SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 561 ss.

[717] SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 609: «repressa la coazione, garantita l'informazione, la ponderatezza, l'accesso al mercato, rimangono spazi entro i quali il consenso potrebbe essere viziato, e tuttavia il contratto irrimediabile? A nostro giudizio la risposta è negativa».

Non importa, però, tentare di rispondere al quesito che è così emerso, giacché l'A., porta il proprio ragionamento su un piano ancora diverso. Non solo, cioè, la buona fede determina l'estensione delle singole figura tipiche di vizi del volere, ma funge, in astratto, da regola capace di avere un effetto abrogativo di quelle stesse previsioni.

Poiché l'A. è di certo imbattibile in chiarezza, conviene citarlo ampiamente. Se esiste un principio, per cui «ovunque si possa dire che la volontà è stata condizionata da un elemento patologico, altrettanto si deve dire che un rimedio deve esistere», si cerca una regola d'insieme capace di confermare quel principio, e dare quel rimedio: «questa regola d'insieme che noi stiamo ricercando fa mostra di sé, per chi abbia voglia di leggerla, nell'art. 1337 c.c. it.»[718], norma che «consente di reprimere l'abuso o l'approfittamento di qualsiasi processo formativo distorto dalla volontà contrattuale…consente di livellare la casistica riconducendola ad un principio unico, e consente di specificare questo principio unico per adattarlo alle cento situazioni di fatto», con il risultato per cui l'art. 1337 c.c. « consentirebbe teoricamente di eliminare tutti gli articoli sull'errore, poi gli articoli sulla violenza, poi gli articoli sul dolo, poi ancora gli articoli sullo stato di necessità e sullo stato di pericolo, e poi di eliminare l'art. 428, senza modificare il contenuto della protezione del soggetto contraente che si trova a disagio»[719].

Quest'esito, sebbene possa apparire per molti aspetti eccessivo, è in realtà il corollario più coerente del punto di partenza che adottato dall'A. Se la buona fede *in contrahendo*, cioè, può dettare l'estensione dei vizi tipici, ciò sta a significare che è la prima la vera regola cardine che regola tutto il sistema del consenso e delle invalidità contrattuali che da quello dipendono. Così che è normale, poi, che la disciplina positiva delineata dal legislatore venga intesa non già come regolante ipotesi tassative di vizi, ma ipotesi esemplificative di violazioni della buona fede.

[718] SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 610.

[719] SACCO, *Considerazioni conclusive*, in *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari* (a cura di M. Bessone e F.D. Busnelli), Milano, 1992, 181 s.

Questa tesi, insomma, non riconosce valore alcuno al principio di distinzione e ritiene di poter ricavare, dalla violazione di regole di responsabilità, regole di validità[720].

Come si vede la tesi si colloca in una prospettiva che per quanto per certi versi sia opposta a quella formulata da D'Amico, pare condividerne una valutazione di fondo. Sembra, vale a dire, che per ciascuno dei due autori la violazione della regola di buona fede *in contrahendo* e l'invalidità del contratto frutto della scorrettezza debbano o possano andare di pari passo. Sacco ricava dalla regola di responsabilità regole di validità; D'Amico ripiega sulle seconde la prima, ma per entrambi non vi è scorrettezza che rilevi senza dar luogo ad invalidità. Ancora, per il primo diviene superfluo un intero segmento della disciplina positiva (gli artt. 1427 ss., 1447 ss. e 428 c.c.), per il secondo a divenire superfluo, in certa misura, è l'art. 1337 c.c.[721]

Proprio in quanto capace di condurre a quest'esito, entrambe le tesi fanno sorgere spontanea l'osservazione per cui il fatto che il legislatore abbia avuto cura di disciplinare da un lato la *responsabilità* precontrattuale, all'art. 1337 c.c., e dall'altro le norme disciplinanti i vizi del volere, la rescissione e l'incapacità naturale (dettandone al contempo dei requisiti di rilevanza ben precisi) stia a

[720]Si v. difatti, anche a proposito del dolo omissivo, SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, p. 549 s.: «è stato obiettato che l'art. 1337 riguarda un problema di responsabilità e non di validità del contratto. Ma l'obbiezione non regge. Una volta imposto dall'art. 1337 l'obbligo di informare la controparte, tale obbligo vale anche a rendere rilevante il nesso causale fra l'omissione…e la falsa rappresentazione» (si v. però come a proposito del dolo incidente la distinzione ritorni ad essere usata, con dubbia coerenza, cfr. p. 558 s.), e da un punto di vista più generale, v. p. 613 ss. Di recente si v. anche A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento*, cit., p. 75 ss., secondo il quale dovrebbe essere senz'altro superata la tesi per cui «nel nostro ordinamento sussisterebbero casi di responsabilità precontrattuale per un'informazione difettosa anche al di fuori dell'invalidità contrattuale», giacchè detta tesi «non consente di comprendere perché certi casi, magari anche più gravi di altri, permettano di chiedere un risarcimento del danno, ma non di invalidare il negozio». Nel prosieguo del ragionamento svolto dall'a., si afferma come a dover essere superata sarebbe anche l'opinione per cui: «la responsabilità precontrattuale per mancata informazione sussisterebbe solo nel caso di invalidità per errore o dolo». La soluzione proposta dall'a., come meglio si dirà, per evitare l'apparente contraddittorietà della tesi, è quella di interpretare restrittivamente la disciplina di errore e dolo, ma colmare le lacune ricorrendo ad un uso ampio dell'analogia, ricavando vizi atipici e forme di annullamento atipiche.

[721] Va qui ribadito come secondo la tesi di D'Amico l'art. 1337 c.c. opererebbe soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, giacchè diversamente, nella visione dell'A., si renderebbe superfluo l'art. 1338 c.c. (cfr. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1112).

significare che le medesime vivono su piani distinti, ed entrambi vanno valorizzati, fornendo però interpretazioni capaci di armonizzarsi, e non tali da condurre all'eliminazione di uno dei termini del problema[722].

Per questa ragione la tesi di Sacco, ed in ogni caso ogni interpretazione estensiva dei vizi del volere, ottenuta per mezzo del ricorso alla regola di responsabilità[723], non si rivelano accoglibili, in quanto frutto dell'indebita sovrapposizione di due piani differenti. Ragionare diversamente si rivelerebbe congegnale nella prospettiva qui seguita, giacchè consentirebbe di individuare nell'art. 1337 c.c. una norma in grado di reprimere, a mezzo di un rimedio invalidatorio, tutti gli abusi nella formazione del contratto che anche l'*unfair exploitation* emenda, e senz'altro con uno sforzo minore rispetto a quello che si è tentato di impiegare nelle pagine precedenti. Non sembra, però, che le cose possano stare così.

A nostro modo di vedere valgono i seguenti principi: in ogni ipotesi di vizio del volere nominato si riscontra altresì una violazione della buona fede *in*

[722] Si v. a questo proposito ancora PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 107 s.: «sicuramente, oltre un certo punto, il problema interpretativo viene meno e rimane solo una questione di scelta. E una volta riconosciuta la caratteristica di norme sostanziali alle regole morali, di cui le norme formali sarebbero solo manifestazione, talora anche inadeguata, una volta riaffermata l'esigenza di ritornare alla buona fede come alla più importante regola, tutto è possibile, e l'interprete potrà anche…spiegare le norme scritte come indizi di precetti etici vincolanti…Si potrà anche giungere, dunque, a superare le strutture caratteristiche delle moderne codificazioni. Ma non si potrà dire di aver risolto un problema tecnico: si sarà compiuta una scelta, superando il problema e le norme del codice. Se ne dovranno, in tal caso, ammettere anche le conseguenze, le quali arriveranno fino ad abrogare o ritenere inefficaci certe norme esplicite, come quelle sull'errore essenziale…Per l'interprete che voglia comporre in organica unità tutte le disposizioni di legge in materia, la distinzione tra regole di validità e regole di risarcimento si impone ancora come fondamentale».

[723] Non sembra persuasiva, dunque, nemmeno la tesi di A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento*, cit., p. 63 ss. e 81 ss., per il quale l'armonia del sistema sarebbe realizzabile interpretando restrittivamente le norme sull'errore e sul dolo, ma consentendo il ricorso all'analogia per regolare ipotesi di vizi del consenso non previsti dal legislatore. In particolare, a detta dell'a., costituirebbero vizi atipici emendabili con il rimedio dell'annullamento: l'errore comune, l'errore riconosciuto ma non riconoscibile alla luce dei parametri dell'art. 1431 c.c., l'errore causato da mancata informazione, nel caso di rapporti asimmetrici. Si soggiunge, poi, che la soluzione indicata per tale ultima ipotesi varrebbe anche per il caso dell'errore riconosciuto, pur essendo l'oggetto della falsa rappresentazione della realtà, acquisibile da entrambe le parti (essendovi simmetria, cioè, rispetto all'informazione, cfr. p. 89). Il punto è, però, che tali vizi atipici vengono individuati pur sempre basandosi sul ricorso alla regola di buona fede, e che, negli esiti, la tesi non differisce da quelle criticate dall'a., consistenti nell'interpretare in modo estensivo le norme sui vizi del volere e sul dolo in particolare. Non vediamo, francamente, una differenza cruciale fra l'affermare che l'errore riconosciuto è una forma di dolo omissivo, e l'affermare che è un vizio atipico.

*contrahendo*; si ha violazione della buona fede in un insieme di ipotesi più ampio rispetto a quello determinato dalla presenza di un vizio tipico; ma ciò non può significare che, allora, gli spazi vuoti debbano essere coperti individuando vizi atipici, e forme di annullamento atipico (o per meglio dire virtuale). Opinare diversamente significherebbe svolgere un passaggio del tutto indimostrato, i cui esisti sono, potenzialmente, quelli visti: l'ampliamento dei vizi del consenso in nome della buona fede, porta, in ultima analisi a cancellare i vizi stessi e a sostituirli con un unico macro vizio atipico[724].

### 3.4.2. …(segue) eventuali obiezioni alla tesi qui sostenuta.

Contro la visione qui assunta potrebbero svilupparsi, in realtà, tre obiezioni.

1) Potrebbe dirsi che prospettiva a cui si ha aderito sia eccessivamente formalistica, in quanto, ad oggi, è consentita una maggiore libertà per l'interprete nel ricavare le vere norme dalle disposizioni, e di ricavare, al limite, norme che contraddicano le disposizioni di legge[725]. La fedeltà al diritto positivo, in definitiva, non sarebbe più un valore a cui ritenersi vincolati. Ragionare diversamente significherebbe avallare la «persistenza ingiustificata della credenza mitologica…del Principe nomoteta», quando invece «questo principe è "scoronato" dalla storia»[726].

Applicata al nostro campo, questa maggiore libertà si tradurrebbe proprio nella possibilità di ricavare anche ipotesi di invalidità diverse rispetto a quelle indicate dal legislatore, tutte le volte in cui interessi meritevoli di tutela lo richiedano, e, quindi, nella possibilità di far discendere dalla clausola generale di buona fede tutte le conseguenze che sembrano richieste dal caso concreto, senza

[724] Sostanzialmente PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 99 ss., ma più di recente si v. NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1272 ss. e 1274, ove si afferma come l'accoglimento della tesi di Sacco comporterebbe la creazione di un «generale e generico vizio atipico».

[725] Si v. per uno sviluppo rigoroso di questa impostazione nei temi di cui si sta dicendo A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento*, cit., p. 50 ss., 70 ss., il quale reputa debba riconoscersi all'interprete una maggiore libertà nel ricavare le norme, ma pur sempre nel rispetto di un ragionamento che si sostanzi nella concettualizzazione di categorie. Da un punto di vista più generale, invece, ad es. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., *passim.*; PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv.dir. civ*., V, 2016, p. 1246 ss.

[726] P. GROSSI, *Presentazione*, cit., p. XVI.

preoccuparsi eccessivamente di raffrontare la soluzione individuata con il sistema delineato dal codice (o, a questo punto, sistema che in apparenza è delineato dal codice, giacché la vera norma starebbe oltre quello)[727].

Ci si limita a due osservazioni sul punto. Se è vero, anzitutto, che all'interprete è riconosciuta maggiore libertà nel ricavare le norme dalle disposizioni, non si vede perché questa libertà non possa esprimersi nella scelta *di non* ricavare norme che contraddicano puntuali disposizioni. La prospettiva "formalistica" e quella "antiformalistica", hanno, dunque, quantomeno pari dignità[728].

Ma, soprattutto, si è sostenuto - anche nella prospettiva "antiformalistica" - che l'attività dell'interprete non dovrebbe sostanziarsi mai in un'attività creativa di norme, ma soltanto inventiva (nel senso etimologico), essendo «attività di ricerca e di lettura all'interno di un sentire diffuso e condiviso»[729]. Il fatto che il Principe nomoteta sia stato scoronato, insomma, non legittima ciascuno a raccogliere ed indossare quella corona. Va detto, allora, che pare abbastanza difficile individuare degli ambiti del diritto in cui vi sarebbe un sentire diffuso e condiviso (e, poi, fra chi?)[730]. Senz'altro non è il caso della responsabilità precontrattuale e della buona fede *in contrahendo.*

Ci si accontenta, dunque, di interpretare le norme del codice, in modo da armonizzare, per quanto possibile, da un lato il contenuto deontologico della clausola generale di buona fede, e dall'altro le scelte compiute dal legislatore

[727] In questo senso si v. ad es. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione",* cit., p. 797 ss., sulla scia, peraltro, degli spunti raccolti in CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung"*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 200. Bd., H. 3/4 (2000), pp. 273 ss.

[728]Si v. ad es., per una prospettiva che invece riconosce maggior legittimità ad un'attività interpretativa rispettosa del dato positivo, con particolare vigore, CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale*, cit., p. 769 ss.; ID, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 51 ss.

[729] P. GROSSI, *Presentazione*, cit., p. XVI.

[730] É divenuto frequente negli ultimi tempi il riferimento alla c.d. comunità interpretativa o comunità dell'interpretazione giuridica (a partire dagli studi di F. VIOLA E G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, VI., Roma-Bari 2009, p. 192 s.; su cui PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000, *passim*; frequenti richiami anche in LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 48 ss.). Circa l'esistenza o l'utilità del concetto si condividono le perplessità manifestate da D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Gius. Civ*., I, 2019, p. 48 ss.

disegnando il perimetro delle regole di validità. Si conferma, dunque, il rispetto del principio di distinzione.

2) Si è poi spiegato come, pur non accogliendo il principio di virtualità dell'annullabilità, l'annullamento potrebbe ugualmente discendere dalla semplice violazione della buona fede *in contrahendo*, costituendo, la rimozione del contratto, un tipo di risarcimento in forma specifica. A fronte della mala fede, dunque, «la vittima può invocare certamente…il diritto al risarcimento del danno. Può altresì invocare l'art. 2058 c.c. affinché il risarcimento venga prestato in forma specifica…Nella sostanza, il contratto affetto da un vizio innominato è annullabile»[731].

La soluzione qui indicata, d'altra parte, viene fatta propria fin da tempi risalenti dalla giurisprudenza tedesca, la quale ammette, ad esempio in caso di violazione di un obbligo di informazione o nei casi di reticenza colposa, delle forme atipiche di invalidità, proprio a mezzo della *Naturalherstellung* (ex § 249 BGB), e sorpassando così i margini che il BGB assegna all'errore e al dolo[732].

Il tema come si vede è piuttosto importante, ma in dottrina non è mai stato debitamente affrontato. Trattarlo qui in modo completo non è possibile, e dunque ci si limiterà ad esprimere delle ragioni di perplessità, che consigliano di non accogliere l'orientamento in parola. La prima: l'annullamento non sembra, in realtà,

[731] SACCO, in Sacco e De Nova*, Il contratto*, cit., p. 611 ss., ma nella dottrina italiana si v. pure A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento*, cit., p. 78; VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv*., 2002, p. 922 ss. Anche qui, l'esame di questa nuova potenzialità delle responsabilità precontrattuale era stato sollecitato da CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1266 ss.

[732] Per un riferimento alla dottrina tedesca si v. A. M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento*, cit., p. 78, ed ivi nota 147, ed in particolare al contributo di KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, 2012, p. 214, ma si v. pure EMMERICH, *§ 311*, nel *Münchener Kommentar zum BGB*, 5ª , Monaco, 2007, p. 1470 ss. Più ampliamente AFFERINI, *Il quantum del danno*, cit., p. 182 ss. Non sembra corretto, tuttavia, affermare come nell'ordinamento tedesco tale orientamento, che è sia pure maggioritario, sia incontrastato. In senso contrario si v., infatti, CANARIS, *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf* , in *Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht* (ZGR), 1982, p. 416 ss., il quale ha successivamente mutato la propria opinione, ma basandosi il proprio ragionamento su un argomentare piuttosto diverso rispetto a quello fatto proprio da BGH, si v. al riguardo ID, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts,* cit., p. 304 ss., e 309, lì dove le ipotesi prese in considerazione dalla giurisprudenza non si riconducono al §242 BGB, ma agli istituti delle garanzie per vizi, col risultato di individuare un rimedio plausibile nella risoluzione o nella riduzione del prezzo. Contrario, invece, MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, 1981, p. 543; ID, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?*, Colonia, 1994, p. 28 ss.

essere concepito come una forma di invalidità tesa a riparare un danno che la parte legittimata a chiederlo abbia subito. Non è detto, s'intende, che chi sia stato vittima di un raggiro o sia incorso un errore, ad esempio, abbia perciò subito anche una diminuzione patrimoniale che richiede di essere compensata attraverso il risarcimento del danno. Certo si tratterà di casi, come non si è mai mancato di sottolineare, scolastici o di improbabile verificazione, giacché solitamente non si raggira o non si minaccia se non per trarne un profitto a danno d'altri. La possibilità, però, di immaginare un annullamento senza danno, consente di respingere l'idea che il primo sia da intendere come una forma di rimedio per un pregiudizio patrimoniale subito[733].

La seconda perplessità attiene direttamente agli esiti cui la dottrina richiamata giunge. Si tratterebbe, cioè, di aggirare il sistema delle invalidità ed arrivare, sebbene per altra via, ad un risultato che non è stato giudicato convincente. Bisognerà pensare, allora, che qui si rientri nei casi in cui il risarcimento in forma specifica non è in tutto o in parte possibile (come recita lo stesso art. 2058 c.c.). Opinare diversamente, significherebbe credere che il legislatore si sia da un lato disturbato a delineare con precisione i casi di annullabilità in vizi tipici a contenuto tipico, e dall'altro abbia introdotto una norma capace di eliminare tutte queste distinzioni[734].

---

[733] Questa è una valutazione piuttosto condivisa nella dottrina più risalente, si v. ad es.: TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., *passim*, ma 326 ss.; P. BARCELLONA, *Profili*, cit., p. 201 ss., 208, 222 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento in forma specifica*, in *R. trim. d. proc. civ*., 1957, p. 220 ss.; FORCHIELLI, *Recensione a Lucarelli*, in *Riv. dir. civ*., I, 1965, p. 541 ss.; D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 54 ss. In senso diverso, invece, LUCARELLI, *Lesione d'interesse*, cit., *passim*, ma si v. 10 ss.; VISINTINI, *La reticenza*, cit., p. 112 ss.; TURCO, *L'interesse negativo*, cit., p. 573 ss. (sulla scia, peraltro di alcune valutazioni contenute in DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979, p. 289 ss., e 310 ss.), il quale intende l'annullamento quale tutela in forma specifica del danno arrecato alla libertà negoziale, interesse tutelato primariamente dall'art. 1337 c.c. Va precisato, comunque, come anche a voler intendere l'annullamento quale forma di riparazione di un danno, non perciò si potrebbe asserire la possibilità di ricavare forme di annullamento atipiche, in caso di sussistenza della responsabilità precontrattuale (e v., difatti, TURCO, *L'interesse negativo*, cit., p. 588 ss.).

[734] TURCO, *L'interesse negativo*, cit., p. 588 ss., lì dove si precisa a più riprese come, nel caso di violazioni del dovere di buona fede non corrispondenti anche a vizi del consenso tipici, la funzione del risarcimento del danno serva a surrogare l'annullamento, non essendo però possibile "aggirare" i limiti dettati dal legislatore in tema di invalidità, giungendo così alla conclusione che il risarcimento del danno occorra, per quanto possibile, a mettere il contraente che la scorrettezza ha subito nelle stesse condizioni in cui si sarebbe trovato ove non avesse concluso il contratto.

La terza perplessità deriva dalla natura contrattuale della responsabilità precontrattuale. Non vale, crediamo, affermare che l'art. 2058 c.c. si applichi solo alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, giacchè si tratta di un orientamento sicuramente superato[735]. Intendiamo dire, piuttosto, che ove si ammettesse che il risarcimento possa essere chiesto sotto forma di annullamento, non sarebbe semplice coordinare questa proposizione con il diverso termine di prescrizione che il nostro codice assegna, da un lato, all'azione di annullamento e, dall'altro, a quella risarcitoria. Si produrrebbe, così, anche un effetto abrogativo delle norme disciplinanti la prescrizione[736].

La quarta perplessità deriva da una riflessione in materia di rescissione. Si è già detto come l'approfittamento possa essere inteso come condotta di mala fede, capace dunque di raccordare le norme sulla rescissione all'art. 1337 c.c. Sarebbe interessante capire, qui, quanti sarebbero disposti a riconoscere la possibilità di esercitare, in luogo e a prescindere dai presupposti fissati dagli artt. 1447 c.c., un'azione di annullamento atipica. Se davvero l'annullamento, anche tipico, fosse sempre un mezzo di riparazione di un interesse leso da una condotta altrui difforme dal parametro indicato all'art. 1337 c.c., non ci sarebbero ragioni per negarne l'operatività, anche qui. Eppure si tratta di un esito così stridente rispetto al sistema normativo, da mettere in dubbio la bontà delle stesse premesse della tesi ora contrastata.

Tutto questo porta a ritenere che la strategia che si avvale dell'art. 2058 c.c. per raggiungere in via indiretta i risultati che gli artt. 1427 ss. c.c. non consentono di ottenere, non si riveli persuasiva. Ciò viene detto pure con la consapevolezza di aver sviluppato una critica forse insufficiente, ma, comunque, rispetto ad un'argomentazione dell'opposta prospettiva che non è stata mai, in realtà, adeguatamente sviluppata.

---

[735] La dottrina è orientata in questo senso oramai da tempo, ma si v. comunque di recente D'ADDA, *sub 2058*, *Dei fatti illeciti* (a cura di Carnevali), nel *Comm. del Cod. civ*. (diretto da E. Gabrielli), Milano, 2011, p. 662 ss.; GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 353 ss.

[736] Questa obiezione, per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, fu sollevata da MEDICUS, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?*, p. 28 ss. Il problema non sussisterebbe, chiaramente, ove si affermasse che la responsabilità precontrattuale ha natura extracontrattuale.

### 3.4.3. …(segue) un'ulteriore obiezione: l'ampiezza dei vizi del volere nei PDEC, nel DCFR, nel *Code civil* (e nelle recenti proposte di modifica al Codice civile?), e la necessità di seguire quella linea di tendenza.

Chi confronti i requisiti richiesti per la rilevanza dell'errore e del dolo nel nostro sistema con quelli immaginati nei Principi di diritto europeo dei contratti e poi nel *Draft common frame of reference*, potrà notare come questi ultimi presentino, indubbiamente, un'ampiezza maggiore[737].

Si pensi all'errore. Da noi l'errore dev'essere essenziale, cioè cadere su una determinata realtà, ed essere altresì riconoscibile. Nel DCFR, invece, l'errore è rilevante in un numero di casi più ampio. L'art. II. – 7:201, ad es. concede all'errante un'azione di impugnativa tanto nel caso di errore determinante, quanto nel caso di errore incidente[738], e a prescindere dal tipo di errore verificatosi, tutte le volte in cui l'altra parte, abbia alternativamente «(i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made

[737] Si v. da ultimo LOHSSE, in *Commentaries on European Contract Law* (a cura di Zimmermann e Jansen), Oxford, 2018, p. 657 ss. per l'errore, e p. 689 ss. per il dolo; un quadro molto aggiornato su questi temi è anche in F. P. PATTI, '*Fraud' and 'Misleading Commercial Practices': Modernising the Law of Defects in Consent*, in *European Review of Contract Law [ERCL]*, 12, 2016, pp. 307-334; Bocconi Legal Studies Research Paper, No. 3397960, disponibile anche all'indirizzo: https://ssrn.com/abstract=3201838, ma si vedano anche DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 774 ss.; ALPA e CONTE, *Riflessioni sul progetto di* Common frame of reference *e sulla revisione dell'*Acquis communautaire, in *Riv. dir. civ*., I, 2008, p. 141 ss. Relativamente ai PDEC, CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., p. XXX ss.

[738] Recita, difatti, la previsione in commento: «the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this». Si noti come il fatto che l'errore sia determinante o incidente non dipende solo dall'importanza che l'oggetto della falsa rappresentazione della realtà deve aver avuto per l'errante, dovendo, l'importanza dell'errore, essere percepibile anche alla controparte.

the same mistake». Non va sottaciuto, qui, come la scusabilità torni ad essere requisito di rilevanza dell'errore[739].

Insomma, non è esagerato dire che, in questo sistema, l'errore ha le sembianze che, nel nostro ordinamento, invece, hanno le ipotesi di violazione della regola di buona fede in *contrahendo* corrispondenti all'area della mancata informazione. Lo si è detto in precedenza: non svelare l'errore, causarlo dando informazioni sbagliate o false oppure non informando, genera responsabilità a patto che l'errore sia scusabile. Guardando quella norma, alla luce del nostro ordinamento, si potrebbe dire che il DCFR ha *formalizzato* in una regola di validità una tipica violazione della regola di correttezza[740].

La sensazione si rafforza ove si guardi al dolo. Anche qui, ragionando in base alla buona fede, dovremmo dire che si ha dolo ogni qual volta all'errore di una parte faccia riscontro la mala fede dell'altra[741]. E, difatti, l'art. II - 7:205 comprende nella nozione di dolo non solo ogni «fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct» ma anche la «fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose»[742]. Anche qui, come si vede, la buona fede è chiamata a perimetrare l'area di operatività di un rimedio invalidatorio.

Anche nella recente riforma del *Code civil*[743], i margini per poter ravvisare la presenza dell'invalidità per dolo sono assai più ampi rispetto all'errore indotto

---

[739] L'ultimo comma dell'art. cit., precisa che «However a party *may not avoid* the contract for mistake if: (a) the mistake *was inexcusable in the circumstance*; (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party».

[740] Se non ci si inganna pare che questa sia anche la valutazione, rispetto ai PDEC, di CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., p. XXXI ss.

[741] Questa, come già ricordato, è la prospettiva prediletta da SACCO, *Il contratto*, cit., p. 542 ss.

[742] Dopo di che, la previsione precisa più dettagliatamente i requisiti di rilevanza del vizio di dolo: «A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and is intended to induce the recipient to make a mistake. A non-disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake.In determining whether good faith and fair dealing required a party to disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including: (a) whether the party had special expertise; (b) the cost to the party of acquiring the relevant information; (c) whether the other party could reasonably acquire the information by other means; and (d) the apparent importance of the information to the other party».

[743] Si v. nella dottrina francese spec. DESHAYES- GENICON- LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*,Paris,

da raggiri di cui discorre l'art. 1439 c.c. Recita il nuovo art. 1137 code civil: «(1)Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. (2) Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie».

In tal modo il legislatore francese ritrova nel dolo la sanzione per la violazione gli obblighi precontrattuali d'informazione violati, anch'essi di nuova introduzione[744].

Queste previsioni, insomma, starebbero a dimostrare in modo chiaro in che direzione si muova il moderno diritto europeo dei contratti, e si tratta di una direzione in cui le regole di validità sono tratteggiare con ampiezza, la quale ampiezza dipende, anzitutto, dalla condotta assunta dai contraenti nella formazione del contratto, e dalla conformità di quest'ultima alla buona fede. Apparterrebbe al passato, dunque, tentare di affermare la «tenace validità del contratto nonostante il vizio psicologico di una parte e nonostante la mala fede dell'altra»[745]. Ragion per cui, se non sempre, almeno in quest'ambito, valide ragioni militerebbero per indurre a rimodellare la disciplina normativa di errore e dolo, al di là e oltre le previsioni del nostro codice, e la scelta del rimedio dell'annullamento, per dirla con Gentili, s'imporrebbe se non in omaggio alla «verità», almeno in omaggio all'«opportunità»[746].

Se non che, questa opzione interpretativa, deve fare i conti, a nostro avviso, con un'obiezione. Tutte le previsioni citate, a ben vedere, indicano che quando si vuole riconnettere una forma di invalidità ad una condotta (anche omissiva) che si connoti per essere di mala fede, bisogna che ciò venga precisato. Bisogna, cioè, che

2016, 205 ss.; C. GRIMALDI, *Proposition de modification de l'article 1137 alinéa 2, du Code civil relatif à la réticence dolosive, Revude des Contracts*, I, 2017, 175 ss., e più in generale, sulla reticenza, P. CHAUVEL, *Dol, Rép. Civ.,Dalloz*, 2014, 11 ss Per un commento, nella dottrina italiana, si v. DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, cit., p. 96 ss.; A. GORGONI, *I vizi del consenso,* cit., p. 7

[744] Si è già fatto cenno alla disciplina in commento, consegnata all'art. 1142 Code civil, nel paragrafo 3.1.9.; cfr poi DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, cit., p. 96 ss.

[745] PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento,* cit. p. 99 ss.

[746] GENTILI, *Disinformazione e invalidità*, cit., p. 402.

la regola di correttezza venga formalizzata e che la sua trasfigurazione in regola di validità abbia il suggello della disposizione di legge.

In definitiva, proprio perché nel DCFR e nel *Code civil* non è bastato introdurre una regolamentazione degli obblighi d'informazione precontrattuale per pensare di aver così anche implicitamente disposto l'invalidità del contratto concluso in seguito alla loro violazione, così, anche da noi, non potrà essere sufficiente appellarsi all'art. 1337 c.c. per ridisegnare i margini dell'annullamento per errore o dolo[747].

Quelle norme potranno ben citarsi e prendersi a modello, ma non già per *spiegare* il nostro sistema, ma forse per indicare i tratti di una sua possibile evoluzione. Ma ancora: se quell'evoluzione debba avvenire, poi, per via interpretativa o legislativa, dipenderà - lo si è già detto - solo dalla libertà che ciascun interprete si sentirà di assumere rispetto al dato positivo.

Va dato conto, infine, di come il dibattito nel nostro ordinamento ha preso, di recente, una curvatura diversa giacché la riforma legislativa è nell'aria. Anche quella riforma, però, non sembra andare in fin dei conti verso la direzione indicata dal DCFR. Basti leggere con attenzione la modifica proposta dal Governo: «f*) prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto*»[748].

---

[747] Non sembra condividere questa valutazione BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2012, p. 321 ed ivi nota 177; ma si v. specialmente F. P. PATTI, *'Fraud' and 'Misleading Commercial Practices',* cit., p. 323 ss., per il quale, anzi, una rivisitazione dei vizi del volere ancor più radicale discenderebbe dalla presa d'atto dell'importanza degli obblighi d'informazione, tale da suggerire quasi il superamento degli stessi concetti di errore e dolo: «Such a strong focus on information duties led to an even more radical regulatory proposal, which may be adopted in the future: that of abandoning the doctrines of mistake and fraud in favour of an autonomous duty-to-inform doctrine». Prospettiva, questa, a nostro avviso non meritevole di essere perseguita, se non altro perché è ben difficile che la disinformazione non rilevi dando vita ad un errore, trattandosi, semmai, di stabilire i requisiti di rilevanza di quest'ultimo. Ma sul tema, più in generale, si v. anche GRUNDMANN, "The future of contract law", (2011), 7, *European Review of Contract Law*, p. 520 s., e G. DE GEEST - M. KOVAC, *The Formation of Contracts in the Draft Common Frame of Reference* (2009), 17 *European Review of Private Law*, p. 113 ss.

[748] Per i necessari riferimenti si fa rinvio a quanto già osservato *supra*, nel par. 3.1.9.

Le criticità, ad avviso di chi scrive, sono le seguenti: I) la rilevanza sul piano risarcitorio dell'errore incidente comporta che debbano essere fornire informazioni anche di rilievo non determinante per il consenso. Qui, basandosi sulla presupposto per cui il legislatore odierno abbia ben a mente la distinzione fra vizi determinanti ed incidenti, si introduce una riduzione dell'obbligo di informazione che non sembra giustificata alla luce del precetto generale dell'art. 1337 c.c.; II) parlare di inderogabilità dell'obbligo di informazione non ha senso alcuno, se non quello di far immaginare che altri obblighi nascenti dalla buona fede siano derogabili[749]; III) limitare l'obbligo al fatto che il destinatario dell'informazione abbia fatto affidamento sulla lealtà altrui, in un ordinamento che impone alle parti di comportarsi in buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto, poi, non sembra possibile né auspicabile

Ma specialmente, ed infine, va ribadito che pur introducendo quest'obbligo di informazione, dev'essere chiaro che, nella prospettiva qui seguita, non solo non si sarà codificato il dolo omissivo, ma nemmeno si sarà modificata, sia pur in minima parte, la nozione di dolo consegnata dagli artt. 1439 ss. c.c. Per ottenere questo risultato, come dimostrano proprio i modelli di riferimento dati dai progetti di codificazione europea e dalla novella del *Code civil*, bisognerebbe incidere direttamente sulle regole di validità, rideterminandone i confini e raccordandole con le previsioni sugli obblighi precontrattuali di informazione[750].

In conclusione, dunque, può dirsi come la tesi che ricava norma di validità, sotto forma di ipotesi di annullamento atipiche (per altrettanti vizi atipici) non possa trovare in linea di principio accoglimento. Si tratta di una scelta non conforme al disegno normativo impresso al Codice civile, e che dunque non è idonea a giustificarsi alla luce di quello. Può, al limite, essere ammissibile in talune ipotesi, ove si creda di poter far evolvere, in quella direzione, il sistema di alcuni vizi del volere, ma si tratta, allora, di una scelta la cui ammissibilità dipende dal grado di

[749] Mentre ad oggi è chiaro a tutti che le parti non hanno la possibilità di derogare alla disciplina, perciò definita imperativa, dell'art. 1337 c.c. Il che non significa, ovviamente, che definita imperativa la norma di cui all'art. 1337 c.c., la sua violazione dia poi luogo a nullità. Si v. da ultimo BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale cit.,* p. 307 ss.

[750] Le linee essenziali di questo ragionamento, sebbene con riferimento ad altri temi, sono, sostanzialmente, in DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 775.

fedeltà che si ritenga di dover prestare al diritto positivo, e che, nella prospettiva qui adottata, non si ritiene di perseguire.

### 3.4.4. Buona fede e nullità. Inconfigurabilità della buona fede «demolitoria della regolamentazione convenzionale». Le ordinanze n. 248/2013 e n. 77/2014 della Corte Costituzionale.

Quanto appena detto circa la possibilità di individuare regole di validità dalla semplice violazione della buona fede *in contrahendo*, porta di per sé a negare anche che altre forme di invalidità, la nullità in particolare, possano essere ricavate facendo uso di quella clausola generale.

Va dato conto, tuttavia, di come in dottrina, negli ultimi tempi, affiorino degli indirizzi di segno opposto, essendo sempre più frequente l'opinione di chi collega buona fede e nullità, ritenendo la seconda una sanzione per la violazione della prima[751].

Il tema interferisce anche con la presente ricerca. Fra i molti rivoli che queste tesi hanno assunto, difatti, alcune di esse arrivano a statuire che la mala fede del contraente forte, ove si caratterizzi sotto forma di abuso di una situazione di debolezza altrui, giustifichi talvolta la nullità del contratto e ciò accada, in particolare, qualora la lesione arrecata al contraente debole si manifesti, altresì, come lesione di un valore di rilievo preminente. Due applicazioni di questi orientamenti si sono già fronteggiati nelle pagine precedenti. Si ricorderà che discorrendo della sanzione contro i contratti integranti gli estremi dell'usura o della

[751] Si v. ad es. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impresa*, 1997, p. 417 ss.; ID, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratti*, 2000, p. 919 ss.; RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia privata*, in *Contr. e impresa*, 1999, p. 21 ss.; ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivizzazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?*, in *Contr. e impresa*, 2001, p. 611 ss.; PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass. S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. e impresa*, 2008, p. 936 ss. Si v. poi pure P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 560 ss.; ID, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, cit., p. 347; VOLPE, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 186 ss. Altri autori, pur non accogliendo esplicitamente tali orientamenti, sembrano in qualche misura darvi credito, non giudicandoli scorretti ma magari solo "prematuri", si v. ad es. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv.dir. priv*., 2003, p. 241 ss., ove si preconizza un abbandono del principio di distinzione fra regole di buona fede e di validità.

circonvenzione d'incapace, taluno propendeva per la nullità perché, in sintesi, *interest rei publicae*, a che il mercato del credito sia efficiente, e che la persona umana sia tutelata. Le ragioni che hanno condotto a non reputare convincenti quelle tesi si sono già esposte[752].

Vi sono, tuttavia, degli orientamenti che vanno un passo oltre, generalizzando queste ipotesi e riconnettendole ad un unico principio. Un illustre giurista, sul finire degli anni '90 del secolo scorso teorizzava, in qualche scritto[753], che la mala fede del contraente forte, combinata con uno squilibrio dei termini del contratto, potesse di per sé provocare la nullità di quest'ultimo: «che alla violazione della regola di buona fede possa conseguire, in base all'art. 1418 c.c. 1° comma, la nullità…non può più suscitare scandalo»[754], si diceva inequivocabilmente. La tesi si giustificava mettendo a sistema alcune norme disciplinanti ipotesi di nullità: delle clausole vessatorie nei contratti fra professionista e consumatore; dei patti che realizzano un abuso di dipendenza economica nei rapporti di subfornitura[755]. Quelle norme erano ritenute espressione di una fattispecie generalissima composta, come recitava il titolo di uno di quegli scritti, da «squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte». La tesi non è condivisibile, conviene dire subito, né nell'argomentazione né negli esiti.

---

[752] Si v. supra, nel Cap. II, nella Sez. II.

[753] Il riferimento è a Galgano, ed agli scritti già cit.: GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, cit., p. 417 ss.; ID, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., p. 919 ss.

[754] GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, cit., p. 423; e tuttavia ci si sente di dire che tale affermazione suscita, quantomeno, dissenso. In primo luogo perché la buona fede rimane regola di condotta, senz'altro imperativa, ma la cui violazione non innesca la nullità prevista dall'art. 1418 c.c. che sanziona *il contratto* contrario a norme imperative. In secondo luogo va considerato che, anche a prescindere da questa osservazione, l'art. 1337 c.c. sarebbe esattamente un caso in cui, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la legge dispone diversamente, prevedendo una responsabilità. Di recente, in questo senso, ma solo ad es. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ*., V, 2005, p. 10507 ss.; R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta*, cit., p. 310 ss.; ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Napoli, 2008, p. 205 ss. (a cui si rinvia per altre indicazioni bibliografiche) sulla scia di un orientamento che, prima degli anni '90, non sembrava nemmeno dubitabile.

[755] Si v. relativamente alla rilevanza sistematica delle clausole abusive nei contratti dei consumatori GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, cit., p. 419 ss., (un'altra norma che l'A. ritiene di poter richiamare è il novellato art. 644 c.p., sul quale, però, ci si è già intrattenuti supra al Cap. II, nel paragrafo 2.2.4); e relativamente alla disciplina della subfornitura si v. ID, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., p. 924 s.

Prima di dedicare alla stessa qualche parola critica, però, va dato conto di come nel tempo presente i rapporti fra buona fede e nullità siano andati incontro ad evoluzioni ancora ulteriori, ed ancora più estreme. Nella tesi di Galgano, se non altro, la mala fede era chiamata a qualificare una condotta abusiva, concretizzatasi, poi, nell'aver dato vita ad un contratto squilibrato. Tesi non plausibile, secondo chi scrive, ma certamente comprensibile.

Ora si vede affermare, addirittura, che la mala fede potrebbe qualificare, comportandone la nullità, *direttamente* il patto che realizza lo squilibrio, senza il medio dell'abuso. Come si vede si tratta di ragionamenti che, dalla complessità offerta dal codice e dalle norme di settore, procedono poi, per successive generalizzazioni, ad una semplificazione drastica dei problemi, in cui alcuni termini di riferimento delle soluzioni ipotizzate si smarriscono, e quelli restanti si riassemblano, ma in modo alquanto problematico[756].

Dato che però la tesi da ultimo menzionata si deve alla Corte Costituzionale, un qualche cenno a questa va fatto[757].

Il caso sottoposto alla Consulta era, invero, alquanto circoscritto, avendo il giudice di merito sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2° c.c. nella parte in cui, contrariamente all'art. 1384 c.c., non prevede che «il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire», a titolo di caparra confirmatoria, «in ipotesi di manifesta sproporzione» o lì dove «sussistano giustificati motivi»[758].

[756] Che una condotta abusiva - per aver dato vita ad un contratto squilibrato - possa qualificarsi come contraria alla regola di buona fede può senz'altro essere vero. Ma che la buona fede possa utilizzarsi per qualificare come nullo direttamente il contenuto (non equilibrato) di un patto, non pare, invece, sostenibile. Ma si v. però per qualche "apertura" verso questa configurazione della buona fede NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 10507 ss.

[757] Il riferimento è alle ordinanze n. 248/2013 e n. 77/2014 della Corte Costituzionale (entrambe redatte dal giudice Morelli), che possono leggersi la prima in *Foro It*., 2014, p. 382 ss. (con nota di F.P. PATTI); la seconda in *Foro it*., 2014, p. 2035 ss. (con note di SCONDITTI e PARDOLESI).

[758] Si legge dall'ordinanza di rimessione del Trib. Ord. di Tivoli del 3 aprile 2013, da cui poi è scaturita l'ord. n. 77 del 2014 della Corte Costituzionale. La precedente ordinanza (n. 248/2013) era a propria volta stata pronunciata in esito ad un incidente di costituzionalità sollevato dal medesimo tribunale.

Il giudice di merito, evidentemente, sollevando la questione di legittimità costituzionale, dà per scontato, sulla scia di un accreditato orientamento giurisprudenziale e dottrinale, non solo di non poter applicare in via diretta l'art. 1384 c.c.[759], in quanto dettato in tema di penale eccessiva, e non di caparra confirmatoria, ma nemmeno di poter far ricorso a quella norma in via analogica. Il sottinteso è, verosimilmente, l'intendere quel potere di intromissione nella regola privata come del tutto eccezionale[760]. Sollevare la questione di costituzionalità, dunque, era visto come l'unica via per risolvere un problema che non poteva essere risolto per via interpretativa.

La risposta della Corte, contenuta in un'ordinanza di rigetto della questione di legittimità costituzionale, è, invece, nel senso che il giudice, così opinando, avrebbe in realtà trascurato i «possibili margini di intervento riconoscibili…a fronte di una clausola negoziale che rifletta…un regolamento di opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte», margini di intervento che si sostanzierebbero, in particolare, nella possibilità di pronunciare la «nullità (totale o parziale) ex art. 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, "funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato" (Corte di cassazione n. 10511 del 1999, ma

[759]L'applicazione dell'art. 1384 c.c. postula che l'interprete *riqualifichi* la caparra confirmatoria come clausola penale, proprio alla luce del suo carattere eccessivo, e dunque tale da renderne evidente il contenuto compulsorio o sanzionatorio. È, questa, la soluzione adottata dalla dottrina tedesca (si v. ad es. più recentemente RIEBLE, *sub* § 338 BGB, in *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlino, 2009, p. 242; MEDICUS-LORENZ, *Schuldrecht. I. Allgemeinter Teil*, Monaco, 2012, rn. 543). Sulla bontà di questa soluzione anche nel nostro ordinamento, si v. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale e ABF: "il mondo di ieri" o un* trompe l'oeil *concettuale?*, in *I Contratti*, 10, 2014, p. 871 s.

[760] Queste considerazioni in CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 47 ss., sull'eccezionalità dell'art. 1384 c.c. si v. ad es. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 7; DELLE MONACHE, *Ritardi di pagamento e nuove competenze dell'Antitrust*, in *Assicurazioni*, III, 2014, p. 497 ss.; PESCATORE, *Clausola di irriducibilità della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 905. Parte della dottrina ritiene, invece, che l'art. 1384 c.c. sia estensibile analogicamente, si v. ad es. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 287 ss.; NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1269 ss. V. più ampliamente però la ricostruzione di PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio,* cit., p. 868 ss.

già 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)»[761].

Parrebbe di capire, leggendo questo passo dell'ordinanza, che il combinato disposto fra solidarietà e buona fede consentirebbe di pronunciare la nullità, come si diceva, del contratto o della clausola che si presentino lesivi, appunto, del principio di solidarietà costituzionale e che, in questo caso, la lesione di quel principio sarebbe riflessa in un assetto d'interessi iniquo e gravemente sbilanciato a danno di una parte. *Interest rei publicae*, insomma, a che i contratti siano equilibrati, poichè lo squilibrio è sinonimo di lesione della solidarietà, veicolata nel diritto dei contratti dalla buona fede[762].

Non può essere sottaciuto come un argomentare come quello esposto debba dirsi frutto di una presa di posizione isolata, che riflette un pensiero che è proprio dell'estensore dell'ordinanza, e che già in altre occasioni aveva trovato sfogo. Si tratta di una considerazione che la dottrina spesso si cela, lamentando il carattere eccessivamente scarno delle ordinanze in parola[763]. Ma la tesi può essere facilmente

[761] Così in entrambe le ordinanze in parola. Vale la pena di osservare, da subito, come le sentenze citate dalla Corte costituzionale siano: Corte di cassazione n. 10511 del 1999 e Cass. a S.U., n. 18128 del 2005, relative alla riducibilità officiosa della penale eccessiva; Corte di Cassazione 3775 del 1994 (la celebre sent. Fiuggi), relativa alla buona fede integrativa; Corte di Cassazione, S.U., n. 20106 del 2009 relativa al caso Renault. Si tratta di sentenze, tutte, che hanno acceso, per il loro carattere "innovativo" dei dibattiti molto intensi in dottrina, e che non sembrano espressione di un indirizzo consolidato in seno alla stessa Corte di legittimità. Per di più, comunque, in nessuna di questa si è mai stabilito un collegamento fra solidarietà, buona fede, squilibrio e nullità. Così che, queste sentenze, non costituiscono affatto dei precedenti. In questo senso, all'interno di una valutazione delle ordinanze in commento estremamente equilibrata, PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio,* cit.*,* p. 869; diversamente, ma in modo non persuasivo, invece, ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di penale e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e buona fede, nota (adesiva) all'ordinanza n. 248*, in *Giur. cost*., 2013, p. 3770 ss.; PENNASILICO, *Interpretazione e integrazione del contratto*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, cit., p. 155 ss.

[762] Le ordinanze sollevano, com'è evidente, il tema della c.d. applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti fra privati (e contrattuali nella specie). Il tema è estremamente complesso, com'è noto, ed ha trovato elaborazione, in particolare, da parte della dottrina tedesca (per cui l'espressione *Drittwirkung* è entrata nel lessico degli studiosi italiani), sul tema si v. fra gli altri D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti fra privati (con particolare riferimento ai rapporti contrattuali)*,in *Giust. Civ*., 2016, p. 443 ss.; ID, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Correzione e integrazione del contratto* (a cura di F. Volpe), Bologna, p. 19 ss.; ma si v. anche F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ*., 2014, p. 690 ss.

[763] Si v. ad es. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio,* cit.*,* p. 856, e D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva",*

ricostruita nella sua completezza. Ad esempio, si legge, in uno scritto risalente al 1994 a commento della notissima sentenza Fiuggi[764] di una regola di buona fede «suscettibile di operare, rispetto alla legge negoziale, non diversamente da come, rispetto alla legge ordinaria e nel quadro dell'ordinamento in generale, opera il precetto costituzionale: con la funzione cioè (come nel nostro caso) *demolitoria* della regolamentazione convenzionale "nella parte in cui" confligge con il parametro di correttezza»[765].

È noto, poi, come sempre al giudice Morelli si debba quella sentenza del 1999, peraltro citata nelle ordinanze, con cui venne sovvertito l'orientamento, fino ad allora consolidato, che giudicava non riducibile d'ufficio la penale eccessiva[766].

---

in *Contratti*, 10, 2014, p. 926 ss. Diversamente, però, F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria,* cit., p. 690 ss.

[764] Si fa riferimento alla nota di commento a Cass. 20 aprile 1994 n. 3775, in Giur. it., II, 1994, p. 2159 ss. (MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, p. 2168 ss.), ma si v. anche MORELLI, *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. Civ.*, 1999; II, p. 11 ss.

[765] MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale,* cit., p. 2173, certamente in linea col pensiero di Morelli è, dunque, PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria, cit.,* p. 2039 ss. nel riferirsi al ruolo demolitorio della buona fede (ben inteso, all'interno di una nota di commento in cui la critica a tale opinione è alquanto vivace). A tal proposito non può essere sottaciuto come in quella nota di commento (*La buona fede come limite all'autonomia negoziale,* cit., p. 2173) venga dato alla Cassazione il merito di aver riconosciuto alla buona fede un ruolo di cui però, nella pronuncia citata, oggettivamente non v'è traccia. La controversia, nota, fra il Comune di Fiuggi e l'Ente Fiuggi, può riassumersi così. Il secondo era obbligato a versare un canone periodico al Comune per l'utilizzazione della fonte di acqua termale, canone commisurato nel contratto al prezzo di vendita delle bottiglie d'acqua alla distrubuzione. L'Ente Fiuggi aveva, tuttavia, tenuto fermo tale prezzo, ma al contempo aumentando a più riprese il prezzo di vendita delle bottiglie al pubblico. La Cassazione, con una sentenza di certo innovativa e dirompente ritiene in nome della buona fede di poter, riconoscere come abusivo e scorretto un comportamento che pure (formalmente) rispetta le previsioni contrattuali, ma che frustrava però gli interessi composti fra le parti attraverso l'accordo. Si afferma, tuttavia, come quella condotta rilevi alla stregua dell'inadempimento: nessuna "demolizione", quindi della regolamentazione convenzionale, giacchè non era quest'ultima, va da sé, a confliggere con il canone della correttezza, ma il comportamento dell'Ente Fiuggi.

[766] Trattasi di Cass. 24.09.1999, n. 10511, cit. Il tema, chiaramente, non può essere esaminato nella sua interezza, e, dunque, ci si limita qui ad alcune indicazioni bibliografiche di massima. Si v., così, in particolare la sobria nota critica di BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, in *Contratti*, II, 2000, p. 118 ss. L'orientamento espresso dalla sent. cit., è stato confermato, poi, da Cass. S.U., sebbene con un argomentare assai più persuasivo e che riprende, in parte, l'opinione di MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 152 ss. (per il quale, in sintesi, l'adeguatezza delle sanzioni, e dunque anche di una pena privata come la clausola penale, non può essere rimessa alla determinazione delle parti, essendo anzi in linea di principio sottratta al

Va ricordato, perché è essenziale per capire anche le ordinanze in commento, quali fossero i termini con cui veniva contrastata la giurisprudenza che propendeva per l'opposta soluzione, la quale veniva bollata - senza mezzi termini - come influenzata da «immanenti suggestioni della "dommatica della volontà"», e condizionata da «risalenti riserve contro l'intervento del giudice nella "cittadella della autonomia contrattuale"», non consapevole, così, del «complesso processo innestato, nei moderni sistemi giuridici, dal tramonto del mito ottocentesco della omnipotenza della volontà e del dogma della intangibilità delle convenzioni». Il che, in definitiva, consentiva di ritenere «*l'intervento riduttivo* [sulla penale] *del giudice non più in chiave di eccezionalità bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata*». Come si giustificasse, poi, questo potere di controllo generalizzato era presto detto: «…questo controllo, nel richiamato contesto di intervenuta *costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato*, non può ora non implicare anche un bilanciamento di "valori"…stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale accanto al valore costituzionale della "iniziativa economica privata"…*di un concorrente "dovere di solidarietà"* nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.)…E che, entrando (detto dovere di solidarietà) in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza…all'un tempo gli attribuisce una *vis* normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi anche strumentali di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato».

La sentenza si chiudeva, poi, riconoscendo il potere di ridurre la penale eccessiva, per le ragioni esposte, come funzionale alla «la realizzazione di interesse oggettivo dell'ordinamento», impresso dal dovere costituzionale di solidarietà.

Ricostruita in questo modo la tesi del relatore delle ordinanze, dovrebbe risultare chiaro lo sfondo ideologico dal quale queste si sviluppano, e il

loro potere dispositivo). Favorevole alla riducibilità officiosa pure ALPA, *L'equità*, in *I contratti in generale*. Aggior. 1991-1998, dir. da Alpa e Bessone, in *Giur. sist. civ. e comm*. (fondata da W: Bigiavi), I, Torino, 1999, p. 133, ma v. soprattutto GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 325. Quel che conta, comunque, ai nostri fini, è che non può essere il richiamo alla buona fede a fondare la riducibilità officiosa della penale (e difatti v. ancora GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 277 ss.).

ragionamento che ne sta alla base. L'ideologia è la seguente: un'autonomia privata non più tale, ed i cui esiti sono sempre capaci di essere rimessi in discussione dal giudice, in nome di un generale controllo sulle convenzioni private, reso possibile dal tramonto del principio della volontà[767].

Risulta abbastanza evidente come questa osservazione sia posta a premessa, ma a mo' di postulato, del ragionamento. Di qui si cerca poi di giustificare l'assunto. Il giudice crede, così, che possano essere funzionali allo scopo tutta una serie di considerazioni dottrinali e giurisprudenziali, svolte circa il dovere di solidarietà, ed il modo in cui esso consentirebbe di leggere la regola di correttezza nell'ambito dei rapporti interprivati[768]. Non ci si avvede, però, che un conto è affermare come la buona fede possa, anche ove letta alla luce del principio di solidarietà, implementare il contenuto dell'obbligazione arricchendolo di doveri volti alla protezione dell'interesse altrui[769], ma tutt'altra cosa è richiamare quei principi per giustificare la riducibilità officiosa della penale. E tutt'altra cosa, ancora, richiamarli per fondare la una nullità di un contratto o di una clausola squilibrata in danno di una parte[770]. Dal discorrere di buona fede e solidarietà per descrivere il modo in cui si

[767] In senso adesivo rispetto a questa opinione, GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, cit., p. 419 ss., oltre che, più di recente, PENNASILICO, *Interpretazione ed integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Civ*., 4, 2017, 163 ss.; ID, "Menàge a trois": *la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. Dir. civ*., 1, 2016, 179 ss. Ma in senso opposto, persuasivamente, fra i tanti, MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 8 ss., e nel contesto di riflessioni più ampie, DELLE MONACHE, *Ritardi di pagamento*, cit., p. 497 ss.

[768] Sul tema si v. ancora da ultimo D'AMICO, *Buona fede e solidarietà*, cit., p. 558 ss. il quale nota, a nostro avviso ineccepibilmente, come i principi costituzionali vengano richiamati qui ad implementare la buona fede, ma in modo assolutamente diverso, non solo rispetto a quanto accade nella giurisprudenza di legittimità, ma anche a quanto si era proposto nella dottrina che, a cavallo fra gli anni '60 e '70, era più sensibile al tema (cfr. per tutti: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., *passim*). Ed è perciò che si deve insistere nel dire che la tesi di Morelli non ha dalla sua alcun precedente significativo.

[769]La pronuncia citata, in particolare, evoca com'è evidente la nozione di buona fede - quale espressione di solidarietà contrattuale - che si deve a Bianca (cfr. BIANCA, *La nozione di buona fede,* cit., p. 205 ss.). Né quest'ultimo A., né la giurisprudenza, però, si sono mai spinti a configurare una nullità per violazione della buona fede (v. anche nella giurisprudenza, per il collegamento tra buona fede e solidarietà costituzionale ex multis, Cass. 22.11.2000 n. 15006; Cass. civ., 11.1.2006 n. 264; Cass. civ., 7.6.2006, n. 13345, tutte nella banca dati on-line *De jure*). Sul tema si v. più di recente anche NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. e dir. priv.,* 2012, p. 964 ss.

[770] Sul punto, dunque, quella sentenza ha il medesimo difetto imputabile alla già cit., Cass. n. 20106/2009 sul caso Renault, e cioè di aver collazionato una serie di massime giurisprudenziali,

deve orientare una condotta e per enucleare le conseguenze che conseguono ad una condotta orientata in modo diverso, non si possono trarre argomenti adeguati per affermare la qualificazione (in termini di invalidità) di un atto.

È stato detto, per contrastare le ordinanze in commento, che non può essere il dovere di solidarietà a compiere il «miracolo» di trasformare una regola di correttezza in regola di validità. Ciò perché, com'è evidente, la solidarietà è a propria volta regola di condotta dal contenuto non predeterminato (l'art. 2 della Cost. recita, difatti, di un *dovere* di solidarietà)[771]. Questa critica, per quanto corretta in sé, non coglie che l'errore di fondo delle due ordinanze è ben più grave, giacchè qui, in realtà, la solidarietà non è chiamata - ripetiamo - a trasformare una regola di condotta in regola di validità, ma direttamente a fondare la qualificazione in termini di nullità di un atto (il contratto), per via del suo contenuto squilibrato. Del resto, provando per un attimo a dare per buono questo apparentamento fra squilibrio, buona fede e nullità, quale sarebbe la buona fede a cui ci si riferisce? Non quella di cui discorre l'art. 1175 c.c., né l'art. 1337 c.c., men che meno gli articoli 1366 o 1375 c.c. Sarebbe, insomma, una buona fede che, nel sistema, semplicemente non esiste[772].

---

ma relativa ad ambiti molto diversi, e dunque non utili a fondare una attendibile *ratio decidenti* (si v. ad es. la dura critica di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, p. 112 e nota 53, ove la sentenza si giudica «costruita da un *collage* di frasi assiomatiche, che per questo motivo difettano dell'elemento in grado di farle diventare un insieme argomentativo: la logica». La sent. Renault è fra le più commentate, si v. oltre alla nota di PARDOLESI e PALMIERI, in *Foro it*., 2010, p. 85 ss., l'intero volume PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

[771] Ci si riferisce a NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1268.

[772] Così essendo, bisogna forse prendere atto del fatto che (come nota D'AMICO, *Buona fede e solidarietà sociale*, cit., p. 570 ss. ed anche nota 39), nelle ordinanze in commento il richiamo alla buona fede ha, in realtà, un valore solo esornativo, essendo la nullità un esito diretto della violazione del principio di solidarietà, invocato disapplicando di conseguenza qualsiasi mediazione con diretto positivo, e dunque anche con le norme contenenti clausole generali. In un ordine di idee simile di recente anche PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principi*, Napoli, 2017, spec. 65, lì dove si nota come il riconoscimento dell'efficacia immediata dei principi ai rapporti contrattuali porta a «sminuire il ruolo delle clausole generali». Si riprende, insomma, per qualche aspetto, la lezione di CARRARO, *Valore attuale della massima* "fraus omnia corrumpit", cit., p. 782 ss. (fatta poi propria da PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit, ad es. *Introduzione*, V ss.) secondo cui anche il formalismo giuridico sarebbe in qualche misura «una creazione della buona fede perché è la migliore garanzia della certezza del diritto». In questo senso, dunque, è senza dubbio corretta, anche se forse non centrata, la considerazione di NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1268, per la quale la solidarietà costituzionale non conferisce affatto *vis* normativa alla buona fede, che per essere operativa nei rapporti interprivati non abbisogna di «stampelle costituzionali» (riprendendo qui, MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 9).

Si potrà dire, al limite, che non agisce in modo conforme alla buona fede e alla solidarietà chi induce la propria controparte a concludere un contratto squilibrato, o chi esige l'adempimento di una prestazione non proporzionata alla controprestazione. Si potrebbero argomentare queste tesi, comunque problematiche, facendo riferimento alla buona fede *in contrahendo*, o *in executivis*. Che la mala fede, però, si possa invocare per qualificare uno squilibrio non sembra sostenibile.

Buona fede e solidarietà, dunque, sono richiamate indebitamente, in un ragionamento che solo in apparenza è giustificato, non essendo però fondato su alcuna argomentazione convincente e che, non per nulla, si presenta come fortemente innovativo e dunque privo di precedenti punti di riferimento attendibili[773]. Ci si permette dunque di fare un'ultima chiosa. Un illustre autore, discorrendo dei rapporti fra legge e valori, compreso quello della solidarietà, osservò come questi ultimi avessero una caratteristica peculiare: «i valori valgono di per sé e per sé, non hanno bisogno di altre norme o di tramiti ma si appoggiano soltanto su se stessi»[774]. La sensazione è, allora, che anche l'argomentazione che dei valori fa uso pretenda di ammantarsi di questi caratteri[775].

La tesi in parola non è nemmeno accettabile alla luce degli esiti cui conduce. Si è osservato, giustamente, come seguendola si introdurrebbe un «principio eversivo dell'intero diritto contrattuale» che condannerebbe tutte le norma di diritto positivo all'essere «nell'alternativa tra una valutazione di *inutilità/superfluità* delle loro produzione ed esistenza (comunque surrogabili attraverso regole direttamente

[773] In tono più elegante NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1271 s., per la quale le ordinanze in commento recitano «un monologo». A voler essere del tutto onesti va dato conto che nella giurisprudenza tedesca si registra qualche pronunciamento giurisprudenziale teso a fare uso del §242 del BGB come principio generale di tutela dell'equilibrio contrattuale, al fine di fondare la riduzione della penale eccessiva nei rapporti fra imprese per i quali non è applicabile il § 343 del BGB, corrispondente, in linea di massima, al nostro 1384 c.c. Si v. in tal senso BGH 17.7.2018-I ZR 168/05 (Hamburg), in *NJW*, 2009, p. 1882 ss., ed il commento critico di LINDACHER, in *JR*, 2009, p. 336 ss., ove si sottolinea come il caso potesse essere risolto, semmai, facendo riferimento al § 138 comma 1° (ed allora sui rapporti fra nullità per iniquità, ordine pubblico e buon costume v. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 343 ss.).

[774] IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 37.

[775] Della necessità di «ragionare seriamente sulle forme di controllo razionale dell'"argomentazione per principi"» discorre anche D'AMICO, *Buona fede e solidarietà sociale*, cit., p. 571.

ricavate da principi o clausola generali), e la considerazione… del loro contenuto come meramente *orientativo e tendenziale*»[776].

Basti considerare, difatti, alcuni esempi. L'istituto della rescissione, intanto, non esisterebbe più dato che, a fronte di una lesione (di non precisabile entità), il giudice potrebbe pronunciare la nullità totale o parziale del contratto senza ovviamente curarsi di ravvisare anche un approfittamento dello stato di bisogno o di pericolo, e superando, poi, magari un'offerta di riconduzione ad equità ex art. 1450 c.c. Le norme sui vizi del volere, ancora, sarebbero operanti al limite solo lì dove il regolamento d'interessi frutto di errore, violenza e dolo, sia comunque equilibrato. Lo stesso articolo 1384 c.c. sarebbe superfluo ed anzi da superare, essendo la penale eccessiva non più valida e riducibile[777], bensì nulla[778].

In definitiva si passerebbe da un ordinamento di diritto scritto, ad uno di fonte giurisprudenziale, dove la regola sarebbe ricavabile solo dal caso concreto, ed

[776] D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva",* cit., p. 933 ss. Non possiamo non vedere, qui, un implicito richiamo alle osservazioni che svolgeva PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 84 ss., discorrendo di un principio dell'affidamento da intendere come principio di giustizia sostanziale. Osservava l'A., come le tesi basate sull'*aequitas* si ponessero in antitesi con «il concettualismo sia per quanto riguarda il metodo che per quanto riguarda la sostanza: da un canto infatti [si] respinge l'idea della sussunzione, dall'altro [si] apre l'ingresso all'equità. Se poi si aggiunge che le norme di buona fede hanno valore prevalente sulle norme formali, allora si rivela appieno la conclusione ultima di queste concezioni e le clausole generali appariranno, nelle materie previste, come le vere norme sostanziali, di fronte alle quali le regole formali saranno *degradate al ruolo di direttive*, orientamenti concreti per la formulazione di un apprezzamento di giustizia sostanziale» (cors. nostro).

[777] Che la penale sia riducibile proprio in quanto valida è considerazione che si rinviene sia in dottrina che in giurisprudenza, si v. ad es. V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale,* Milano, 1954, p. 135 s.; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit, p. 245 ss.; MAZZARESE, *Clausola penale*, artt. 1382-1384, nel *Comm. al cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 609; Cass. 23.05.1985, n. 3120, in *Rep. Foro it.*, n. 195. Non mancano voci in senso contrario, v. FEBBRAJO, *La ridicibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 612.

[778] Si v. anche la puntuale osservazione di D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva",* cit., p. 936, circa l'art. 33 lett. f) del Cod. cons. relativo, secondo un'opinione, anche alla caparra confirmatoria recante un eccessivo squilibrio ai danni del consumatore. La nullità della clausola abusiva non potrebbe più essere evitata dalla presenza di una trattativa individuale, oppure, alternativamente, si avrebbe una norma a tutela del contraente debole che assegna a questo una tutela meno incisiva rispetto al "diritto comune".

in nome, a voler richiamare debitamente gli istituti[779], non della solidarietà/buona fede, ma dell'equità[780].

Conforta, dunque, che la giurisprudenza per lo più si astenga dal fare proprie queste pronunce, riconoscendole, evidentemente, non meritevoli di essere seguite[781].

Conforta meno, come si diceva, che nella Relazione alla recente proposta di modifica del Codice civile, la tesi espressa dalle ordinanze della Corte Costituzionale sia richiamata, dando quasi la sensazione che si tratti di un orientamento suscettibile di essere recepito. Si tratterebbe di una scelta, lo si ripete, che equivarrebbe ad inserire nel tessuto normativo un buco nero, che tutto dentro di sé sarebbe capace di assorbire.

---

[779]La sensazione, però, è che le tesi che autorizzano o auspicano un controllo penetrante del giudice nell'atto di autonomia privata non siano interessate a fondare le loro argomentazioni su particolari istituti di diritto positivo, così che si può notare una certa fungibilità nell'utilizzo di concetti generali (o intesi come tali), quali buona fede, equità, solidarietà, abuso, meritevolezza, ed anche causa.

[780]D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva",* cit., p. 934 ss. (e difatti in questo senso si rivela assai utile la lettura di GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Roma, 1970, spec. le p. 320 ss., e, più di recente, DELLE MONACHE, *Ritardi di pagamento*, cit., p. 503 ss.). NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1270 s. ha molto efficacemente osservato che, utilizzando la nullità come reazione ad uno squilibrio contrattuale si giungerebbe, non solo a trascurare il tessuto normativo del Codice civile, ma anche ad annichilire il valore recitato dall'accordo circa la determinazione del contenuto del contratto, potendo, quest'ultimo, essere il più vario per ragioni che non sono sindacabili in quanto non sempre comprensibili se non ponendosi nell'ottica delle parti. Con ciò l'A. nega l'opportunità di perseguire la prospettiva del c.d. principio di proporzionalità (per il quale, va da sé, P. PERGLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, cit., p. 347). Diversamente, invece, PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio*, cit., p. 869, per il quale nelle ordinanze in commento non sarebbe coinvolto il c.d. principio di proporzionalità. Quest'ultima opinione sembra più corretta, dato che la C. cost., non richiama, a giustificare i propri assunti, nemmeno quel principio. Col risultato, però, di rendere ancor più giustificate le preoccupazioni espresse da Navarretta.

[781] Si v. in questo senso ad es. Cass. 30.06.2014 n. 14776; si registra qualche eccezione nella giurisprudenza di merito, si v. ad es. Trib. Treviso, 08.10.2018 che discorre della presunta esistenza di «immanente principio…secondo cui…viene attribuito al giudice un potere di controllo sulle pattuizioni delle parti, nell'interesse generale dell'ordinamento, al fine di evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti in cui appare meritevole di tutela», ponendosi, tale intervento «non nell'interesse individuale dei paciscenti ma nell'interesse generale dell'ordinamento all'equità contrattuale». Il tutto, poi, confermato, niente meno, «dall'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale in tema di clausola generale di buona fede nell'*adempimento* del contratto [!]». Non può non destare perplessità il richiamo, nello stesso contesto, ed in modo quasi indifferenziato, a meritevolezza, equità e buona fede *in executivis*.

### 3.4.5. Buona fede *in contrahendo* e nullità. Il senso e la portata applicativa dell'art. 33 Cod. cons., dell'abuso di dipendenza economica di cui alla l. 192 del 1998 e della nullità ivi prevista.

La tesi cui si è fatto cenno, che ricollega alla mala fede (intesa come regola di comportamento) la nullità, ad avviso di chi scrive non merita di essere sostenuta per le ragioni - già esposte e che non verranno ribadite - che hanno portato a negare che esista o possa esistere una forma di annullamento atipico per le ipotesi non corrispondenti ai vizi del consenso. Potrebbe, tuttavia, essere affermato che una diversa opinione si imponga proprio alla luce del mutato contesto normativo il quale conosce delle ipotesi in cui il legislatore parrebbe collegare ad una condotta abusiva la patologia della nullità, ogni qual volta l'abuso si sia espresso in uno squilibrio del contenuto del contratto, a danno di un contraente debole[782].

Le norme di riferimento potrebbero essere, in questo senso, da un lato l'art. 33 del codice del Consumo, e dall'altro l. art. 9 della 18 giugno 1998, n. 192.

Poche parole possono essere spese sulla prima norma[783]. Discorrere di una estensibilità della logica che regge la nullità delle clausole abusive a tutto il diritto dei contratti postula un ragionamento (per lo più implicitamente svolto), che avrebbe il seguente tenore: la nullità della clausola si riconnette ad uno squilibrio dei termini del contratto; lo squilibrio è dovuto ad un abuso del professionista, che tiene una condotta caratterizzata per l'essere di mala fede[784]; il tutto è reso possibile

[782] Ed è questo, non senza una qualche ambiguità, il punto di vista che emerge dal pensiero degli aa. cit. alla nota 751 ed in particolare in GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, cit., p. 419 ss.

[783] L'art. 33 del Cod. cons., com'è noto, definisce vessatorie le clausole che «malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». L'art. 36, poi, dispone la nullità (parziale e di protezione) delle clausole stesse.

[784]Sul richiamo alla mala fede nel contesto dell'art. 33 Cod. cons. si registrano forti voci critiche nella dottrina più autorevole. Si v. in questo senso ad es. CASTRONOVO, *Profili della nuova disciplina delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. e dir. priv*., 1998, p. 29, ove l'inciso è definito «ridicolo nella sua inesattezza come forse nessuno mai nella storia dei testi legislativi»; giudizi non meno severi in G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Librio IV) del codice civile. Sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *St. iuris*, 1996, p. 411 ss. La dottrina ha, poi, a lungo dibattuto sul senso del richiamo alla buona fede, da intendere, per qualcuno, in senso soggettivo, e per i più in senso oggettivo, si v. riassuntivamente BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 281 ss., ed ivi le note 81 e 82. Posizioni, queste, probabilmente entrambe

in quanto il consumatore è contraente debole, sia cognitivamente che in quanto privo di forza contrattuale. Ipotizzare un'estensione della norma al di là del suo ambito applicativo, insomma, significa pensare di poterla ricondurre ad uno schema generalissimo in cui la nullità si riconnette ad uno squilibrio causato da un abuso dell'altrui debolezza[785].

Un'opinione di questo genere, in realtà, si rivela insostenibile, e comporta una semplificazione abbastanza drastica dei problemi posti dai contratti fra professionisti e consumatori[786].

Quando si parla di disparità di forza contrattuale, qui, si allude certo da un fenomeno in cui il contratto è imposto al consumatore (parte debole), ma non si può trascurare il fatto che si ha a che fare un tipo di contrattazione fondamentalmente diverso rispetto al modello delineato dalla disciplina del contratto in generale. La contrattazione, qui, è di massa, ma nel senso che il contenuto del contratto è determinato unilateralmente attraverso condizioni generali, valevoli per una serie indefinita di rapporti[787]. La preoccupazione del legislatore è quella per cui il

---

erronee. Si v. ad es. l'opinione di MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei contratti del consumatore nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno, III, Obbligazioni e contratti,* Milano, 1998, p. 341, il quale, conservata alla buona fede la natura di regola di comportamento, e constatata la vessatorietà (abusività) come caratteristica di struttura dell'atto (squilibrio), riconnette la nullità all'iniquità. La tesi riecheggia, in parte, il dibattito circa la possibilità di sancire la nullità per iniquità delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c., su cui può consultarsi, volendo, G.B. FERRI, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo* e DI MAJO-GIAQUINTO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, ambedue in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 Maggio 1969*, Milano, 1970. Dibattito, quest'ultimo, in larga parte influenzato dalla dottrina tedesca (che può consultarsi in RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1996, p. 96 ss., ove si mette in luce come, nell'ordinamento tedesco, la vessatorietà delle clausole si riconnettesse ad una forma di *Monopolmissbrauch* sanzionata in origine ex § 138 e poi ex § 242).

[785] Così, difatti, GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, cit., p. 419 ss.

[786] Può vedersi, ma in una prospettiva più generale, CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi (la ripresa di un tema)*, in *Eur. e dir. priv*., II, 2006, p. 399, per il quale in generale i c.d. diritti secondi (fra cui pure i contratti dei consumatori), costituirebbero dei sottosistemi di norme rette «da una logica propria, non riconducibile a quella del diritto generale», ma per i quali, al medesimo tempo, sarebbe da predicare «il superamento della dimensione contingente e singolare che caratterizza l'eccezione».

[787] Sulla c.d. contrattazione di massa o per adesione si v., con riferimento agli artt. 1341 e 1342 del c.c., ma con un discorso (sul punto) valido ancora in linea di principio anche per le clausole abusive nella contrattazione fra professionista e consumatore, MAIORCA, voce *Contratti standard*, in *Novissimo digesto it., Appendice*, Torino, 1981, p. 620 ss., e D'AMICO, *«Regole di validità» e*

professionista, compiendo quel particolare atto d'impresa consistente nella predisposizione delle condizioni generali di contratto[788], non introduca sistematicamente deroghe al diritto dispositivo[789], che si risolvano nell'acquisizione di un vantaggio competitivo non dipendente da una maggiore efficienza della propria organizzazione produttiva e commerciale[790]. Il legislatore sa, poi, di dover intervenire in quanto il consumatore, proprio per l'assenza di trattativa individuale[791], tenderà a non curarsi di conoscere precisamente i termini del contratto, appuntandosi, la sua attenzione, solo su oggetto e corrispettivo[792]. A dissuadere il professionista dal porre in essere la condotta abusiva, dunque, non sarà il gioco della domanda e dell'offerta realizzatosi sul mercato finale. Chiarito ciò

*principio di correttezza*, cit., p. 271 ss.; MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, nel *Trattato del contratto* (diretto da Roppo), IV, *Rimedi - 1* (a cura di Gentili), cit., p. 485 ss.; BARENGHI. *I contratti dei consumatori*, in *Diritto civile* (diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini), *Vol. III, Obbligazioni, II, Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 110 ss.

[788]La predisposizione delle condizioni generali di contratto era intesa, giustamente, anche dalla dottrina meno recente quale atto non già relativo alla fase precontrattuale, bensì all'esercizio dell'attività economica dell'impresa si v. MAIORCA, voce *Contratti standard*, cit., p. 638, e ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina della attività negoziale di impresa*, Milano, 1975, p. 144.

[789] Così, più di recente, D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in *Nullità per abuso e integrazione del contratto* (a cura di D'Amico e Pagliantini), Torino, 2013, p. 58 ss.; ID, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 21; PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm*., I, 2010, p. 416 ss., ma v. anche, SIRENA, *sub art. 1469 ter*, *comm. 2°, cod. civ*., in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* (a cura di Alpa e S. Patti), ne *Il Codice Civile* (fondato da P. Schlesinger), cit., p. 855 ss.

[790] Si vedano, sul punto, PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale,* cit., p. 410: «il fatto di imporre della clausole vessatorie equivale invero a lucrare, da un'operazione economica *seriale*, un profitto *seu* un vantaggio maggiore di quello consentito dall'insieme delle norme dispositive» (cors. aggiunto); ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. Dir*., 2007, p. 458; D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 21 ss.

[791] Insiste particolarmente sul punto D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., p. 271 ss.; ID, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Nullità per abuso e integrazione del contratto* (a cura di D'Amico e Pagliantini), cit., p. 34 ss.; ID, *L'abuso della libertà contrattuale,* cit., p. 58 ss.; ID, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., p. 69. La tesi si basa sull'assunto per cui la disciplina della clausola vessatorie renderebbe evidente come il legislatore, lì dove il contratto è frutto dell'esercizio unilaterale dell'autonomia contrattuale di una parte, imponga a quest'ultima di non abusare del proprio potere di predisposizione, mantenendo un certo livello di equilibrio negli svantaggi e nei vantaggi dell'operazione negoziale dipendenti da deroghe a norme di legge.

[792] Si v. in tal senso, fra molti, ancora PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale,* cit., p. 414 e 418 e SIRENA, *sub art. 1469 ter*, *comm. 2, cod. civ*., cit., p. 838; NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto*, cit., p. 420.

risulta evidente, dunque, come il legislatore intervenga sulle clausole abusive, sancendone la nullità, certo al fine di proteggere il consumatore, ma primariamente al fine di proteggere il mercato ed il suo buon funzionamento[793].

Se si accetta la ricostruzione sopra svolta dovrebbe anche risultare chiaro il perché la trattativa individuale abbia un'efficacia "immunizzante" rispetto al giudizio di vessatorietà[794], e altresì il perché quello preso in considerazione sia uno squilibrio normativo e non economico[795].

Le complessità che non possono essere trascurate, dunque, sono le seguenti: I) l'abuso del professionista non sta tanto *nella formazione del contratto* con il singolo consumatore, ma più a monte, in un atto che è anzitutto atto d'impresa, consistente nella deroga abusiva al diritto dispositivo in sede di predisposizione delle condizioni generali di contratto[796]; II) la repressione dello squilibrio a mezzo

[793] Discorre della rilevanza, in questo senso, del ruolo dell'ordine pubblico economico (di protezione), D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori,* cit., p. 34 ss.; sul tema si v. anche MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 184. Così essendo risulta chiaro anche come le forme di tutela più incisive contro gli abusi dei professionisti dovrebbero essere non già quelle individuali e successive, bensì quelle preventive e collettive (c.d. *class actio*n), sul tema v. ad es. BARENGHI, *I contratti dei consumatori*, cit., p. 141.

[794] Sul tema si v. ad es. con chiarezza PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio,* cit., p. 840 ss.; MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., p. 533 ss.; SCARANO, *art. 1469-ter comma 4°* , in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* (a cura di Alpa e S. Patti), ne *Il Codice Civile* (fondato da P. Schlesinger), 2003, p. 941 ss.

[795] La differenza fra squilibrio normativo ed economico, chiara in linea di principio, può essere meno netta nella prassi. Si v., sul punto ad es. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale*, cit., p. 776 ss. (facendo leva, fra l'altro, sulla considerazione per cui, nella previsione che oggi è nell'art. 36 cond. cons., l'intrasparenza del corrispettivo riapre la porta al giudizio di vessatorietà), e più in generale ed in generale v. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, p. 554 ss. Va ribadito, però, come la distinzione si fondi in linea di principio sul fatto che il giudizio di vessatorietà è relativo alla modifica o all'integrazione, da parte del professionista, di norme giuridiche. Per questa tesi v. ancora PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio,* cit., p. 842 ss.; TROIANO, *sub 1469 bis comma 1°*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* (a cura di Alpa e S. Patti), ne *Il Codice Civile* (fondato da P. Schlesinger), cit., p. 31 ss., e per i rapporti fra deroga al diritto dispositivo e squilibrio normativo, p. 71 ss.; SIRENA, *sub art. 1469 ter*, *comm. 2°, cod. civ*., p. 855 ss.

[796]Ed è l'atto di predisposizione delle condizioni generali di contratto che può avere effetti sistemici, trattandosi di condizioni elaborate per la conclusione di una serie indefinita di contratti aventi il medesimo contenuto. Sì che sembra corretta l'opinione di chi ravvisa nell'inciso «malgrado la buona fede» un richiamo all'abuso del diritto. Del diritto, più in particolare, in cui si sostanzia lo speciale potere di predisposizione delle c.g.c. che la legge riconosce al professionista. Sul tema si v. dunque D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale*, cit., p. 58 ss. Diversamente, tuttavia, BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 292 s., parrebbe ricondurre la buona fede di cui all'art. 33 cod. cons., nell'alveo dell'art. 1337 c.c. Sui rapporti fra buona fede e significativo squilibrio si v., per osservazioni più diffuse, TROIANO, *sub 1469 bis comma 1°*, p. 38 ss.

della nullità si giustifica al fine di evitare che questo esercizio abusivo dell'autonomia privata sia compiuto, risolvendosi altrimenti in una lesione del buon funzionamento del mercato; III) la debolezza del consumatore si riconnette al compimento di un atto di consumo[797], e non ad un suo modo d'essere, non essendo dunque autorizzata l'illazione per cui, in generale, le debolezza c.d. cognitive potrebbero trovare tutela secondo la logica della disciplina consumeristica[798].

La disciplina delle clausole abusive nei contratti fra professionista e consumatore, dunque, non giustifica in nessun modo l'asserzione per cui potrebbe dirsi che la mala fede *in contrahendo* può comportare la patologia della nullità. Si tratta di concetti, d'altra parte, che, sembrano non essere posti in discussione dalla dottrina (maggioritaria) più recente.

Meno evidente, invece, è la logica sottesa alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica regolato dalla l. 192/98, ed in particolare dall'art. 9 della stessa[799]. L'importanza sistematica della norma è nota, tanto che la dottrina ne ha fatto, a seconda dei punti di vista, l'appiglio normativo privilegiato per il tentativo di edificare la categoria del c.d. terzo contratto[800], oppure uno degli indici di

---

[797] Sul punto si v., fra i primi, G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale,* in *Riv. Trim. dir. e proc. civ*.,1998, p. 17 ss., per il quale «l'attributo di consumatore vale…ad individuare in termini soggettivi l'atto di consumo ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali, e cioè non imprenditoriali o, più in generale, non professionali»; per ulteriori indicazioni si v. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., p. 520 ss.; ASTONE, *sub 1469 bis comma 2°*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* (a cura di Alpa e S. Patti), ne *Il Codice Civile* (fondato da P. Schlesinger), cit., p. 139 ss.

[798] Secondo una prospettiva avanzata, a dire il vero non di recente, da BIGLIAZZI GERI, *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori* (a cura di Bianca e Alpa), Padova, 1996, p. 324 ss.; sul tema in tempi a noi più vicini, sebbene in una prospettiva diversa, anche NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1280 ss., la quale individua proprio nelle norme poste a tutela dei consumatori il punto d'avvio del dibattito, modernamente inteso, sulla giustizia del contratto e sulla tutela della parte debole del rapporto. Sul tema si v. però MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., p. 530 s. (ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche), e specialmente G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo». Un'occasione persa?*, in *Studium Iuris*, 2005, p. 1140 s.

[799] Sulla figura dell'abuso di dipendenza economica, oltre agli aa. citati nelle note successive, si v. in generale, MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, e da ultimo A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018.

[800] L'espressione terzo contratto - che si deve notoriamente a PARDOLESi, *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XIII - allude ad una disciplina dei

emersione di un paradigma contrattuale nuovo, quello del contratto con asimmetria del potere contrattuale[801]. Non ci si potrà qui intrattenere su questi temi nella loro interezza, ma si spiegherà in che modo l'art. 9 cit., è stato fatto interferire con il tema di questa ricerca, indicando poi le ragioni che inducono a reputare tale interferenza non convincente.

Conviene, dunque, partire dal dettato normativo. L'art. 9 cit., detta una disciplina articolata su tre commi. Il primo enuncia il divieto di abuso «da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice», e fornisce altresì la nozione di dipendenza economica, definendola come «la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi», aggiungendo, poi, che la «dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

Il secondo comma, invece, contiene la nozione di abuso, attraverso delle esemplificazioni: «l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto».

Il terzo comma specifica la sanzione al divieto di abuso: «il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo».

La dottrina che ha tentato di interpretare tale norma come indicativa di una regola (costituente un punto di emersione di un principio) applicabile,

---

contratti fra imprese retta da una logica sua propria, differente, s'intende, sia da quella di diritto comune che da quella consumeristica. Sul tema in generale si v. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il Terzo contratto* (a cura di Gitti e Villa), cit., p. 5 ss.; D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, p. 76 ss.; PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale,* cit., p. 413 ss.; CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 421; con considerazioni di respiro più ampio anche M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 569 ss.

[801] A questo proposito del c.d. contratto asimmetrico si v. in generale ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale*, cit., p. 788 ss.; BARENGHI, *I contratti dei consumatori*, cit, p. 155 ss.; ASTONE, *La subfornitura*, in *Diritto civile* (diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini), *Vol. III, Obbligazioni, III, Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 636 ss., ed ancora, ma in senso assai scettico su questa prospettiva PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale,* cit., p. 413 ss. Sul dibattito terzo contratto vs. contratto asimmetrico v. da ultimo NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1282 ss.

potenzialmente, all'intero diritto dei contratti, ha fatto leva su percorsi argomentativi diversi. Da un lato, secondo un primo filone dottrinale, la norma confermerebbe, ancora una volta, la tendenza del moderno diritto contrattuale all'equità, all'equilibrio nelle contrattazioni. Il merito della regola privata, dunque, non sarebbe più intangibile, ma sarebbe comunque sottoposto ad un vaglio successivo da parte del giudice, in nome, genericamente, dell'esigenza di una certa solidarietà nei rapporti contrattuali[802].

Un secondo filone dottrinale, invece, ha tentato di ricondurre la norma entro la logica procedurale che caratterizza la formazione del contratto secondo il codice civile, e, quindi, raccordato l'art. 9 cit., con le regole poste a protezione del consenso[803]. Si è così valorizzata l'affinità fra l'abuso di dipendenza e la violenza (nella variante della "violenza economica" sulla scorta della dottrina francese[804]), o, più correttamente, della rescissione. Negli ultimi tempi parrebbe che questa seconda lettura abbia preso piede, giacché si discorre della dipendenza economica

[802] Cfr. ad es. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Il ruolo della civilistica nel processo di costruzione della nuova Europa* (a cura di Scalisi), cit., p. 543 ss.; più di recente F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, *passim*; PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.,* 1999, p. 639 ss.; ma v. anche, ma in senso critico su quest'orientamento, VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit, p. 21 ss., e specialmente, contro il paradigma omologante (e ambiguo) della c.d. proporzionalità PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale,* cit., p. 420 ss.

[803] Si v. principalmente SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., p. ; ID, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Dir. priv., III, L'abuso del diritto*, 1997, p. 217 ss.; MOSCATI, *Autonomia privata, libertà del consenso e giustizia contrattuale*, in *Il ruolo della civilistica nel processo di costruzione della nuova Europa* (a cura di Scalisi), cit., p. 543 ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 136 ss. Ma si v. anche PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole,* cit., p. 681 ss. il quale postula che l'accoppiata mala fede-squilibrio, in ragione dell'art. 9 cit., produca in ogni caso nullità del contratto, così che, poi, sarebbe anche da dirsi nullo il contratto squilibrato effetto del raggiro o della minaccia o dell'approfittamento del bisogno e così via. Le ragioni che inducono a non condividere questa posizione saranno esposte di seguito nel testo. Si può notare, però, come dapprima l'a. arrivi a mettere in luce come «la mera ingiustizia delle ragioni di scambio, è di per sé idonea a determinare l'invalidità del contratto, a prescindere da ogni altra considerazione relativa all'integrità del consenso e alla capacità d'agire dei contraenti» (p. 641 s.), e poi, invece, affermi come «nell'abuso di dipendenza economica è agevole individuare un certo perturbamento del normale procedere del maturare della volontà», che legittimerebbe l'accostamento coi vizi del volere. La tesi, dunque, ha il difetto di muovere da una lettura "incerta" delle norme sulla subfornitura.

[804]Per un'analisi "ragionata" della giurisprudenza francese, sul punto si v. sempre PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale,* cit., p. 422 ss.

come di un "nuovo" vizio del volere, e se ne nota da ultimo - ma secondo una costruzione scarsamente attendibile - l'affinità col dolo incidente[805].

Queste due letture, ad avviso di chi scrive, non risultano convincenti. La logica dell'art. 9 cit., e della repressione dell'abuso di dipendenza ivi prevista, non ha, difatti, molto a che vedere con il tema del solidarismo contrattuale o dei vizi del consenso, vecchio o nuovi, né, quindi, con l'*unfair exploitation*.

In particolare, per quanto interessa ai nostri fini, vi è da dire che la lettura tesa a ricondurre l'abuso di dipendenza alla logica procedurale dei vizi del volere è basata sull'assunto che la fattispecie sia strutturata secondo il seguente schema: un'impresa è debole in quanto non ha alternative sul mercato (vi è, dunque, una sorta di necessità o di bisogno); l'impresa forte, agendo alla stregua di un monopolista, può dettare, dunque, le condizioni contrattuali che meglio crede (approfitta, o abusa, o agisce in mala fede); ciò le consente di estorcere un contratto con contenuto squilibrato, che l'altra accetta in quanto costretta. Lo schema, semplificandolo ancora, è: abuso della debolezza altrui, conclusione del contratto (recante uno squilibrio), nullità. La nullità colpisce un contratto squilibrato, ma lo squilibrio è *un effetto* di un abuso nella formazione del contratto.

Questo schema riflette ciò che accade nella rescissione, può riflettere, poi, quello che accade nella violenza. Non riflette, però, quel che accade nell'abuso di dipendenza economica. Si può ora dimostrare perché.

1) Basti leggere attentamente il comma 1° dell'art. 9. La norma enuncia chiaramente il divieto di abusare della dipendenza «in cui si trovi un'impresa cliente e fornitrice». Il testo della legge, in altre parole, dà per scontato che fra l'impresa "forte" e quella "dominata" ci siano *già* delle relazioni commerciali in atto, che le stesse, cioè, siano già legate da un vincolo contrattuale. L'avvio della relazione

[805] Si v. in questo senso CINTIO, in GENTILI - CINTIO, *I nuovi vizi del consenso*, cit., p. 156 ss.; MEUCCI, *"Nuovi vizi" del consenso e disciplina della concorrenza*, in *Pers. e mercato*, II, 2019, p. 48 ss. Questi aa. sembrano individuare l'affinità col dolo incidente, evidenziando come anche nell'abuso di dipendenza economica si sarebbe innanzi ad una lesione della libertà contrattuale tradottasi in un contratto squilibrato o comunque tale da arrecare un pregiudizio alla parte "debole", ma che questa avrebbe, nondimeno, concluso ma a condizioni diverse. L'accostamento non è del tutto convincente dato che, da un lato il dolo incidente non comporta di per sé una lesione, e dall'altro non è affatto detto che l'eccessivo squilibrio di cui discorre l'art. 9 cit., non influisca in modo determinante sulla conclusione del contratto.

commerciale, poi, sarà avvenuto di regola in un ambiente concorrenziale[806], e dunque il contratto che ha vincolato le parti non presenterà in origine alcuno squilibrio normativo od economico[807]. La possibilità di abuso da parte dell'impresa dominante sorgerà in un momento successivo. L'impresa cliente o fornitrice, cioè, per onorare gli obblighi contrattuali e, dunque, per poter soddisfare l'impresa "committente", dovrà effettuare degli investimenti specifici (c.d. investimenti dedicati) ed è possibile che orienti tutta la sua organizzazione produttiva verso quell'obiettivo. È *solo a questo punto* che si realizza la situazione di dipendenza: l'impresa cliente o fornitrice, per via degli investimenti specifici effettuati, si trova *ora* a non avere alternative sul mercato, in quanto si è riorganizzata per soddisfare le esigenze della propria controparte contrattuale[808]. Ed a questo punto, ancora, che l'impresa "dominante", conscia della situazione realizzatasi, potrà tenere dei comportamenti opportunistici, e ad appropriarsi di una parte dell'utile (o anche di tutto l'utile) che, secondo le previsioni contrattuali, doveva remunerare l'attività dell'impresa dominata (è ora, cioè che l'impresa "forte" è «*in grado di* determinare…un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi», come recita il comma 1° dell'art. 9)[809].

[806]Per questa osservazione, si v. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 24 ss., ed in precedenza, sostanzialmente, CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 416 s., col risultato, dunque, di confermare l'idea per cui «la semplice esistenza di un mercato competitivo non garantisce che…non vi sia stato abuso di potere contrattuale» (cfr. COLLINS, *The Law of Contract*, London, 1993, p. 263).

[807]Sulla rilevanza dello squilibrio economico nel contesto dell'art. 9 cit., (nonostante la lettera della legge faccia riferimento, similmente a quanto accade nell'art. 33 Cod. cons., ad uno squilibrio nei diritti e negli obblighi derivanti dal contratto), vi è concordanza di vedute in dottrina, si v. ad es. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale,* cit., p. 417 ss.; BRECCIA, *Equilibrio fra le prestazioni e causa del contratto di scambio*, in *Diritto privato comunitario*, a cura di P. Perlingieri e L. Ruggieri, Napoli, 2008, I, p. 545, M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione*, in *Eur. e dir. priv*., I, 2008, p. 33 ss.; CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 415.

[808] Sul tema si v., oltre agli aa. indicati alla nota che segue, spec. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica,* cit., p. 32 ss.

[809] Per questa ricostruzione si v., specialmente, D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 24 ss.; ma anche ID, voce *Formazione del contratto*, nell'*Enc. del dir., Annali* II, Milano, 2008, p. 599 ss. , ma v. anche già R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*. *Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 65 ss. (e si v. pure ID, voce *Abuso di dipendenza economica*, in *Digesto (disc. comm.)*, Torino, 2003) a cui si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche. Molto chiaramente, in tal senso, nella giurisprudenza ad es. Trib. Roma, sez. XVII, 10.10.2018, n. 19272: «la dipendenza economica comporta che il subfornitore (o l'affiliato), per adeguarsi al particolare sistema di produzione (o di distribuzione) dell'impresa cliente o fornitrice, effettua investimenti specialistici e

L'abuso potrà realizzarsi, tipicamente, sotto forma di richiesta di rinegoziazione del contratto in senso più favorevole per sé (sia economicamente che normativamente), imponendo «condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie», il tutto sotto minaccia di esercitare magari il diritto di recesso, o di non rinnovare i rapporti contrattuali in atto alla scadenza («interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto»)[810]. Va da sé che tale minaccia avrà senz'altro un effetto coercitivo, proprio per via della situazione di dominanza che si è realizzata.

Per concludere, dunque, la sequenza che si realizza non è, qui: necessità, abuso, contratto (squilibrato), bensì: contratto, necessità, abuso. Tanto che, un'attenta dottrina, avvicinando la fattispecie della dipendenza economica alla figura di abusi tradizionali, discorre sì di una forma di estorsione, ma *post contrattuale*[811], e presso le corti, lì dove l'abuso è riconnesso alla mala fede, la norma di riferimento viene individuata non nell'art. 1337 c.c., ma nell'art. 1375 c.c[812].

Vi sono, in ogni caso, anche altre ragioni per marcare la distanza tra la logica della previsione in commento e quella procedurale dei vizi del volere, la quale distanza risulta evidente a patto di evidenziare la specificità della contrattazione d'impresa.

2) Si è autorevolmente osservato in dottrina, in modo convincente, come lo squilibrio di cui discorre l'art. 9 cit., non debba essere vagliato entro la logica del singolo atto (contratto), bensì in quella più complessiva dell'*attività* d'impresa[813].

---

acquista conoscenze, caratterizzati dal poter essere usati esclusivamente nei rapporti con quell'unico partner commerciale e dal non essere facilmente reinvestibili in un altro futuro ed eventuale rapporto, così da perdere, ai sensi dell'art. 9 L. n. 192 del 1998, soddisfacenti alternative sul mercato».

[810] Si v. ancora, sul punto, gli aa. cit. alla nota precedente.

[811] R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 68 s., ove con lucidità non ci si lascia irretire dai generici richiami ai concetti di "giustizia" o "debolezza" osservando come: «prima dell'accordo, non v'è una posizione di strutturale debolezza perché priva di alternative di mercato…non v'è un contraente debole, bensì un contraente che si indebolisce in seguito all'investimento effettuato…»

[812] Trib. Roma, sez. XVII, 10.10.2018, n. 19272: «L'art. 9 della l. n. 192 del 1998…è espressione dei principi di buona fede nell'esecuzione del contratto».

[813] ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza,* cit., p. 532: «il singolo contratto dev'essere qualificato alla luce d'un criterio che tenga conto dell'integrazione economica effettiva fra le imprese…Non rileva la logica

Al fine di stabilire se un contratto recante uno squilibrio eccessivo meriti di essere sanzionato con la nullità, cioè, sarebbe necessario vagliare l'insieme dei rapporti commerciali in atto fra le parti, onde verificare se quello squilibrio non sia compensato, o comunque giustificato, alla luce di altri scambi di ricchezza, magari di segno opposto, che si realizzino fra le parti. Quello richiamato è, insomma, il sistema dei c.d. vantaggi compensativi[814].

La tesi sostenuta non ha appigli normativi all'interno della disciplina della l. 192/98, ma nel contesto di norme diverse, che sottenderebbero però la medesima logica. Fra di esse, primariamente, l'art. 7 comma 1° del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, il quale prevede testualmente che la nullità degli accordi sulla data del pagamento e circa le conseguenze del ritardo nel pagamento, può essere esclusa se, alla luce dei rapporti commerciali in atto fra le imprese, gli accordi stessi non risultino gravemente iniqui[815].

Su queste osservazioni, poi, si possono basare delle conseguenze teoriche di ampio respiro, che però prescindono dai nostri fini[816]. Basti dire che, qui,

---

dell'*atto*…quanto la modalità in cui il singolo atto s'inserisce nelle rispettive *attività* d'impresa.» (cors. dell'A.). In questo senso si v. comunque pure AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv*., II, 2005, p. 300: «la valutazione dello squilibrio…si forma in ordine non all'equilibrio sancito dal singolo accordo, ma dallo sviluppo complessivo del rapporto di cooperazione».

[814] ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza,* cit., p. 532, lì dove si evidenzia la necessità di un «criterio di qualificazione necessariamente globale e centrato sul rilievo dell'attività complessiva» che tenga conto di un «oggettivo punto di riferimento» negli «scambi di ricchezza nell'ambito dei rapporti economici fra le parti». Più in generale però può vedersi anche la prospettiva adottata da CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2005, p. 565 ss., per la quale andrebbe abbandonata, nella disciplina di cui diciamo, la prospettiva fuorviante data dal paradigma del contratto di scambio.

[815] ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza,* cit., p. 532, ove si mette in luce come, anche in quella norma, si tenga conto del rapporto d'integrazione economica fra le parti, anche avuto riguardo ad altri contratti, del tutto autonomi fra loro (in assenza, cioè, di collegamenti negoziali). Altre norme che l'A. ritiene di richiamare a fondamento della tesi da egli sostenuto sono l'art. 2497 comma 1° c.c., e gli artt. 1 e 2 della l. 6 maggio 2004, n. 129 sull'affiliazione commerciale, per un approfondimento del tema si rinvia allo scritto cit. Sulla rilevanza sistematica della disciplina di cui all'art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 si vedano DELLE MONACHE, *Ritardi di pagamento e nuove competenze dell'Antitrust,* cit., p. 497 ss.; AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, cit., p. 289 ss.

[816] L'A., in particolare, constata come sia impossibile ravvisare negli artt. 1321 ss. c.c. una disciplina di parte generale per ogni settore della contrattazione, alludendo al fenomeno della c.d. ricommercializzazione del diritto commerciale (cfr. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza,* cit., p. 526 ss.). Non occorre,

l'eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi di cui discorre l'art. 9 cit., può anche essere colto nella prospettiva del singolo contratto, ma la nullità è esclusa se lo squilibrio si giustifica guardando ad elementi *estranei* alla singola fattispecie, e ponendosi nell'ottica dell*'attività* d'impresa. Il che non può accadere, non serve precisarlo, né nel sistema della rescissione, né in quello dei vizi del volere.

3) Si reputa convincente, poi, anche un'altra conclusione della dottrina cui si è da ultimo fatto cenno. Si è detto in precedenza che ricondurre la disciplina dell'art. 9 cit., alla logica della violenza o della rescissione, implica riallacciare la prima fattispecie alla logica procedurale delle seconde, e dunque intendere lo squilibrio come un *effetto*, di una condotta caratterizzata per l'essere abusiva (o di mala fede).

Si è osservato, invece, che le cose non stanno sempre così, potendo rilevare, detto squilibrio, non già come effetto di una condotta, ma piuttosto come *fatto*, potendo realizzarsi pure in occasione di «vicende, oggettive e/o sopravvenute, non intenzionali»[817].

Ad esempio, si è sostenuto, un mutamento del mercato potrebbe *riqualificare* come squilibrate le pattuizioni di un contratto già concluso e regolante i rapporti commerciali fra le parti[818]. Ciò potrebbe accadere, ad es. nell'ambito di un contratto di lunga durata, lì dove la parte cliente o fornitrice non si possa da questo svincolare, in modo da approfittare delle modifiche intervenute dal lato dell'offerta (non possa sfruttare, cioè, le sopravvenute e *più* soddisfacenti alternative). Il contratto in origine non squilibrato lo diventerebbe, se riguardato alla luce del complesso (mutato) atteggiarsi del mercato (e allo stesso modo, poi,

riteniamo, entrare nel merito di queste riflessioni per accettare il risvolto della tesi che si è innanzi esposta.

[817] ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza,* cit., p. 533 ss.; sul tema si v. però anche ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto* (a cura di Gitti e Villa), Bologna, 2008, p. 137 ss.

[818] ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza,* cit., p. 533; ed ancora, con considerazioni di portata più generale, AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ*, VI, 2006, p. 264 ss.

potrebbe anche accadere che l'evoluzione del mercato determini, invece, una convalida *ope legis* di una clausola contrattuale nulla, perché abusiva[819]).

Queste tre osservazioni consentono formulare una conclusione. Il tentativo di riallacciare la fattispecie dell'art. 9 cit., ai temi dell'equilibrio o del solidarismo contrattuale, o al tema degli abusi nella formazione del contratto, implica che si offra della stessa una lettura abbastanza semplificata, la quale finirebbe, in realtà, per svilirla e far smarrire la specificità che le è propria. Specificità consistente nell'essere una norma, non certo eccezionale, ma generale e tuttavia di un settore ben preciso del diritto dei contratti[820].

Fra l'abuso di dipendenza economica di cui discorre l'art. 9 cit., e l'abuso di dipendenza di cui discorre la disciplina dell'*unfair exploitation*, o l'art. 1142 del *Code civil* (che si medita di inserire anche nel nostro Codice), corre una certa differenza. Il primo, si è visto, si materializza sotto forma di estorsione *post* contrattuale, da valutare tenendo presente un insieme complesso di circostanze, quali la struttura del mercato, il complesso delle relazioni in atto fra le parti e così via. Il secondo, invece, si caratterizza per l'essere un abuso nella formazione del contratto, abuso pur sempre di una situazione di fatto che preesiste alla stipula. Il primo, ancora, è concepibile nel contesto delle relazioni fra imprese, il secondo, invece, si candida ad essere vizio del consenso di parte generale.

Quando si discorre dello sfruttamento dell'altrui dipendenza, in questa seconda accezione, come una sorta di quarto vizio del consenso, non sembra condivisibile, allora, l'affermazione per cui sarebbe proprio la disciplina della nullità di cui all'art. 9 cit., a presidiare «estensivamente il perimetro dell'"iniquo

[819] Sul tema si v. anche LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp*., 2005, p. 237 ss. ove si discorre, a tal proposito, di una «convalida *ope legis*».

[820]Secondo la prospettiva di CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 397 ss. Detto ciò, poi, si tratta di determinare quale sia l'ambito di applicazione effettivo della fattispecie dell'abuso di dipendenza economica. La dottrina e la giurisprudenza pur negando, come pare giusto, per lo più che si tratti di una fattispecie di applicazione generale, ne estendono l'ambito applicativo al di là del caso della subfornitura. Si v. ad es. in dottrina: CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e merc*., 2012, p. 619 ss.; MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 131 ss.; DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ*., I, 2011, p. 491 ss.; ID., *I contratti tra imprese*, in *Diritto civile* (diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini), *Vol. III, Obbligazioni, II, Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 88 ss. Nella giurisprudenza: Cass. sez. un., ord., 25.11.2011, n. 24906, in Giur. it., 2012, p. 2054 ss.

sfruttamento"»[821], né pare potersi affermare, di conseguenza, che «ove un ordinamento tipizzi…dette situazioni di debolezza o di diseguaglianza…colla diversa tecnica di un limite al riconoscimento del potere contrattuale, l'autonomia del quarto vizio di fatto scompare in quanto annega "nelle corrispondenti patologie" amministrate…in termini di nullità»[822].

Ad avviso di chi scrive, come già esposto, le situazioni di dipendenza di cui discorrono i sistemi di *soft law*, e di cui discorre pure l'art. 1142 *Code civil*, possono presentarsi come fattispecie incluse - non certo nell'area dell'abuso di dipendenza economica, ma semmai - nell'area dei tradizionali vizi del volere, ove si sia disposti ad una loro interpretazione estensiva (e non analogica), o, al limite, nell'area dell'art. 1337 c.c.[823]

Concludendo, dunque, la disciplina dell'abuso di dipendenza economica non dimostra certamente che la mala fede *in contrahendo* possa produrre di regola la nullità del contratto. Non si tratta, poi, nemmeno di un plesso normativo capace di regolare, in generale, ogni ipotesi di mala fede *in contrahendo* concretizzatosi sotto forma dell'abuso dell'altrui stato di dipendenza.

Affermare che l'art. 9 cit. non ha applicazione generale nè esprime un principio generale, precisiamo infine, non significa espungerlo dal sistema relegandolo ad eccezione eversiva. Significa, piuttosto, non svilirne le specificità che gli è propria, il che permette, poi, di trarne comunque indicazioni sistematiche molto importanti, ma non per ciò valevoli per tutto il diritto dei contratti.

---

[821] PAGLIANTINI, *Ancora sulla "saga" dei derivati*, cit., p. 832.

[822] PAGLIANTINI, *Ancora sulla "saga" dei derivati*, cit., p. 834. Purtroppo, tuttavia, il discorso svolto dall'A. presenta una certa ambiguità, giacché di seguito egli pare ridurre la portata del proprio rilievo affermando certamente che «la figura dell'abuso-limite fagocita…quella dell'abuso - vizio», e però, stavolta, solo «nell'area della contrattazione asimmetrica». Se non che la precisazione getta un po' di confusione sulle affermazioni in precedenza svolte, e non chiarisce del tutto la posizione assunta, giacchè il riferirsi genericamente all'asimmetria non consente di comprendere appieno il pensiero dell'A. Se con questo termine si designano i rapporti asimmetrici fra imprese in situazione di dominanza relativa, *nulla quaestio*. Se, invece, ci si riferisce all'asimmetria come generica disparità di forza contrattuale ancora una volta si deve dissentire, poiché esiste, invece, un'ampia area del diritto dei contratti che non è presidiata dall'art. 9 cit., e in cui la situazione di dipendenza fra i contraenti, forse dà luogo a patologie, ma senz'altro non amministrate in termini di nullità

[823] Essendo da ritenere, dunque, che proprio perché «i vizi del XXI» secolo richiedono di attivare «lo strumentario abituale di un'interpretazione estensiva/evolutiva», ciò sta a significare che essi non sono «niente più che una superfetazione» (entrambe le cit., sono riferite a PAGLIANTINI, *Ancora sulla "saga" dei derivati*, cit., p. 840).

### 3.4.6. Considerazioni conclusive sul rapporto fra buona fede e invalidità.

Il rapporto fra *culpa in contrahendo* e annullabilità può essere sinteticamente descritto come un rapporto non biunivoco. Non ogni violazione della regola di buona fede dà luogo ad una forma di invalidità, né la fattispecie che regolano i vizi del consenso debbono per forza di cose essere estese adattandole al perimetro assunto dalla buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto. Allo stesso modo l'area di operatività della regola di correttezza non dev'essere determinata da quella segnata dai rimedi invalidatori.

Altro, insomma, è la responsabilità precontrattuale, altra cosa è l'annullabilità quale rimedio ad un vizio del volere.

Queste conclusioni riflettono un orientamento dottrinale accreditato, e che, dunque, merita di essere confermato. Il risultato è quello per cui gli abusi del contraente nella formazione del contratto, espressivi di una condotta contraria al canone dell'art. 1337 c.c., non sempre troveranno sanzione attraverso un rimedio incidente sulla stabilità del vincolo contrattuale, potendo, talvolta, operare il solo risarcimento del danno.

Questa, insomma, è la logica sottesa al c.d. principio di distinzione, il cui significato si può cogliere leggendo il dettato normativo in modo da non far cadere in contraddizione l'interpretazione che s'intenda dare alle disposizioni.

Quanto appena detto porta decisamente a negare che anche la nullità possa essere intesa quale sanzione per la mala fede ex art. 1337 c.c. Le affermazioni, in questo senso, sono sporadiche e ben si comprende il perché. Instaurare un rapporto fra l'art. 1337 c.c. e l'art. 1418 comma 1° c.c. significherebbe distorcere, anzitutto, il significato di queste norme. La prima non regolerebbe più una responsabilità. La seconda, invece, non vieterebbe di concludere un contratto contrario a norme imperative, bensì di concludere un contratto tenendo *una condotta* contraria ad una norma imperativa[824].

[824]A voler seguire, s'intende, il criterio della c.d. direzione del divieto, già brevemente esposto supra al Cap. II, al paragrafo 2.2.4.

Gli esiti cui quest'opinione conduce sono a propria volta inattendibili. Si è costretti ad affermare, difatti, che l'area dell'annullabilità sarebbe fatta salva, costituendo gli art. 1427 ss. c.c. dei casi in cui la nullità è evitata perché, qui, la legge disporrebbe una diversa sanzione (come recita, appunto, l'art. 1418 c.c.)[825]. Il risultato, singolare, è di sottoporre ad una sanzione più grave le condotte più lievi.

Né la connessione fra nullità e mala fede può essere sostenuta guardando alle nullità testuali contenute nelle norme di settore richiamate innanzi. Come si è già esposto, difatti, mancano i presupposti per ritenere quelle norme come espressive di una fattispecie di applicazione generale[826], ma più ancora mancano le ragioni per ricondurre quel tipo di abusi all'alveo dell'art. 1337 c.c.

Men che meno, poi, può essere affermato che una regola di condotta qual è la buona fede possa, per il suo combinarsi con il principio della solidarietà sociale, essere utilizzata in funzione demolitoria dell'assetto d'interessi divisato dalle parti, perché recante carattere squilibrato. Trattasi di una tesi apparentemente motivata, ma in realtà, come visto, del tutto fuori dalla logica propria del sistema normativo, non solo del codice civile, ma anche delle norme c.d. di settore.

[825] GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, cit., p. 423: «che alla violazione della regola di buona fede possa conseguire, in base all'art. 1418 comma 1°, la nullità…non può più suscitare scandalo…da quando la Cassazione ha equiparato il dolo omissivo al dolo commissivo può dirsi acquisito che la violazione della buona fede precontrattuale può produrre effetto invalidante del contratto…nel dolo omissivo…il rimedio è l'annullabilità perché operano le norme speciali sui vizi del consenso…ma quando manca una norma di legge che "disponga diversamente", la violazione di norma imperativa comporta nullità, quale forma generale di invalidità a norma dell'art. 1418 comma 1°».

[826] Si v. ancora, per valutazioni di sistema, CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 397 ss., il quale pur riconoscendo che «accanto al diritti secondo del consumatore si sia affiancato un diritto secondo dell'impresa economicamente dipendente» (cfr. p. 421), e che la funzione dei diritti secondi, in generale, è quella di «mettere in gioco il diritto primo perché chiarisca se stesso, con ciò contribuendo alla maturazione complessiva del sistema» (p. 404), arriva a concludere che «la generalizzazione non è consentita all'insegna di una giustizia contrattuale della quale singole misure di protezione sarebbero manifestazione» (p. 422).

## CONCLUSIONI

La tesi ha preso avvio con la disamina dell'*unfair exploitation*, nella convinzione che in questa figura trovassero la loro migliore ricomposizione le istanze di giustizia contrattuale che, nel dibattito odierno, sembrano più avvertite e, rispetto alle quali, più si lamenta l'inadeguatezza delle norme relative al contratto in generale dettate dal codice civile.

L'ottica che si è adottata e che vede nella giustizia procedurale il modello che dev'essere perseguito - in quanto più rispettoso rispetto al valore dell'autonomia privata - ha condotto ad esaminare i mezzi che il nostro ordinamento mette a disposizione per reprimere gli abusi che si realizzano nella fase formativa del vincolo contrattuale, e che si sostanzino nel trarre vantaggio dall'altrui condizione di debolezza. Il riferimento alla giustizia contrattuale, in altre parole, non vale a fondare la possibilità di trascurare una disamina puntuale degli istituti di diritto positivo atti a perseguire le istanze che al tema sono sottese.

L'analisi svolta ha consentito di comprendere quale sia la logica sottesa ai vizi del volere nel nostro ordinamento, e di delinearne il perimetro applicativo, in modo da verificare quale siano l'estensione che presentano i rimedi invalidatori dai medesimi dipendenti. Lo stesso si è fatto in relazione all'incapacità naturale e alla rescissione, specie alla luce dei riflessi che sull'una e sull'altra sono in grado di dispiegare le norme penalistiche relative ai reati di circonvenzione d'incapace e di usura.

L'esito ha condotto a constatare come le condizioni di debolezza prese in considerazione dall'*unfair exploitation* - e cioè, imprevidenza, ignoranza, inesperienza, mancanza di abilità a trattare, bisogni urgenti, difficoltà economiche, dipendenza e fiducia - pur se non contemplate espressamente dal nostro codice, possono nondimeno considerarsi dal medesimo tutelate ed il loro abuso capace di fondare un rimedio incidente sulla stabilità del vincolo contrattuale.

Nel modello delineato dai progetti di codificazione europea ciò accade in quanto esiste una fattispecie onnicomprensiva, atta a comprendere in sé una vasta gamma di ipotesi di abuso dell'altrui debolezza. Nel nostro ordinamento, invece,

quelle stesse ipotesi si sono trovate disseminate fra le pieghe di vari istituti, con diversi presupposti e capaci di attivare diversi rimedi.

Si è visto, però, che nonostante sia lamentata da più parti la vetustà e l'inadeguatezza dei vizi del volere, della rescissione e dell'incapacità naturale, questi istituti si presentano in grado di fornire al contraente debole una tutela che non è poi così meno ampia rispetto a quella garantita dai modelli di riferimento contenuti nei sistemi di *soft law*. Ciò, va soggiunto, pur senza proporre un'interpretazione delle norme del codice che si distacchi rispetto alla lettera della legge, o, più ancora, dalla logica complessiva che dalla stessa emerge.

Sovrapponendo idealmente il perimetro dell'invalidità per *unfair exploitation* e quello invece delle invalidità dipendenti dagli istituti posti a protezione del consenso nel nostro ordinamento, si è notato, comunque, che qualche area che quest'ultimo lascia scoperta, per quanto esigua, rimane.

Ma in questo senso non va trascurata, come si è notato, l'operatività dell'art. 1337 c.c., non tollerando, il nostro ordinamento, che la violazione della buona fede nel corso delle trattative possa essere impunita, e implicando, la norma suddetta, che i vantaggi e gli svantaggi dipendenti dal contratto siano redistribuiti secondo l'onestà delle parti.

Il che significa, però, che ove la condotta connotata da mala fede dia vita ad un contratto ingiusto, perché frutto di un abuso riflesso in un assetto d'interesse pregiudizievole per una parte, a carico della parte disonesta gravi una sanzione risarcitoria.

Si conferma, da un lato, il principio di distinzione fra regole di validità e regole di buona fede, e si ricava, dall'altro, che il contratto ingiusto, nel nostro ordinamento, non è sempre represso a mezzo di un rimedio invalidatorio.

Tra invalidità e giustizia contrattuale, allora, non esiste una corrispondenza biunivoca, potendo darsi il caso che anche un contratto valido possa essere fonte di responsabilità risarcitoria per la parte che vi abbia dato vita tenendo una condotta difforme rispetto al modello espresso dall'art. 1337 c.c.

**BIBLIOGRAFIA**


ACHILLE D., *La complessità del rapporto obbligatorio: alla fonte degli obblighi di protezione,* in *Annuario del contratto*, 2017, 2018, p. 129 ss.

AFFERNI G., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

AFFERNI G., *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione,* in *Inadempimento e rimedi*, in *Tratt. resp. contr*. (diretto da G. Visintini), vol. I, Padova, 2009.

ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. Giur.,* 2008, 107 ss.

ALBANESE A., *Contratto mercato responsabilità*, Napoli, 2008.

ALBERICI M., *Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza)*, in *Rass. dir. civ*., 1982, p. 1051e ss.

ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955.

ALLARA M., *Dolo ed errore inescusabile*, in *Foro Lombardo*, 1931, 875 ss.

ALPA G., CONTE G., *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'*Aquis communautarie, in *Riv. dir. civ*., 2008, 141 ss.

ALPA G. - CHIODI G., *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927): un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione,* Milano, 2007.

ALPA G., *I* "Principles of European Contract Law" *predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2000, 483 ss.

ALPA G., *L'equità*, in *I contratti in generale*. Aggior. 1991-1998, dir. da Alpa e Bessone, in *Giur. sist. civ. e comm*. (fondata da W: Bigiavi), I, Torino, 1999.

ALPA G., *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm*., II, 1996, p. 181 ss.

ALPA G., *Regole di mercato e disciplina del contratto (a proposito di un recente saffio di Morton J. Horwitz)*, in *Riv. dir. comm*., I, 1976, p. 22 ss

ALPA G., IUDICA G., PERFETTI U., ZATTI P. (a cura di), *Il* Draft Common Frame of Reference *del diritto privato europeo*, Padova, 2009.

AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il Terzo contratto* (a cura di Gitti e Villa), Bologna, 2008.

AMADIO G., *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ*, VI, 2006, p. 264 ss.

AMADIO G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv*., II, 2005, p. 300

ANCEL, *Article 1142: violence economique*, in *RDC*, 2015, p. 747 ss.

ASTONE F., *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di penale e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e buona fede, nota (adesiva) all'ordinanza n. 248*, in *Giur. cost*., 2013, p. 3770 ss.

ASTONE F., *La subfornitura*, in *Diritto civile* (diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini), *Vol. III, Obbligazioni, III, Il contratto in generale*, Milano, 2009.

ASTONE M., *sub 1469 bis comma 2°*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* (a cura di Alpa e S. Patti), ne *Il Codice Civile* (fondato da P. Schlesinger), Milano, 2003.

BALLERSTEDT K., *Zur Haftung für 'culpa in contrahendo' bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter,* in *AcP*, 1950-1951, p. 505 ss.

BARBA A., *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018.

BEALE H., *Duress and Undue Influence*, in Id. (gen. ed.), *Chitty on Contracts, Vol. 1, General Principles*, XXVIII ed., Londra, 1999.

BEALE H., European contract law: the Common frame of reference and beyond, in The Cambridge companion to European Union Private Law (a cura di C. Twig e G. Flessner), Cambridge, 2010, p. 117 ss.

BARCELLONA M., *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015.

BARCELLONA M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione*, in *Eur. e dir. priv*., I, 2008, p. 33 ss.

BARCELLONA M., *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, nella rivista online *Judicium.*

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006.

BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002, p. 310 e ss *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015,

BARCELLONA P., *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ*., 1961, I, 57 ss.

BARCELLONA P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.

BARCELLONA P., voce *Errore*, in *Enc. dir*., Milano, 1966.

BARENGHI A., *I contratti dei consumatori*, in *Diritto civile* (diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini), *Vol. III, Obbligazioni, II, Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 110 ss.

BARENGHI A., *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata nel diritto tedesco*, in *Nuova giur.civ.comm*., I, 1995, p. 197 ss

BARENGHI A., *Varietà nel dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca Borsa e Titoli di cred*., II, 1995, 101 ss.

BELLOMIA V., *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2012.

BELVEDERE A., *Quando il legislatore vuol fare il professore. Appunti sull'art. 1325 c.c.*, in *Studi in onore di G. Iudica*, Milano, 2014, p. 167 ss.

BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. Dir*., 1988, p. 634 ss.

BENATTI FRANCESCO, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ*., III, 1999, p. 837 ss.

BENATTI FRANCESCO, voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv*. - Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 222 ss.;

BENATTI FRANCESCO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989.

BENATTI FRANCESCO, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.

BENATTI FRANCESCO, *Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'*, in *Riv. trim. dir. proc*. civ., 1960, p. 1342 ss.

BENATTI FRANCESCA, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 5, 2016, p. 627 ss.

BENEDETTI A. M. , *La moglie garante del marito, vero consenso o abuso di intimità familiare?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, II/2000, p. 208 ss.

BENEDETTI G., *L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori,* in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* (a cura di L. Ferroni), Napoli, 2002.

BENEDETTI G., *La rescissione*, in *Il contratto in generale* (a cura di A. Di Majo, G.B. Ferri, M. Franzoni), in *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. Bessone), vol. XIII, tomo VIII, Torino, 2007.

BENEDETTI G., *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc*. civ., 2007, p. 20 ss.

BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale,* in *Riv. Trim. dir. e proc. civ*.,1998, p. 17 ss.,

BESSONE M., D'ANGELO A., voce *Buona fede*, in *Enc. giur*., vol. V., Roma, 1988.

BESSONE M., *Errore di valutazione economica, causa del contratto e giudizio di buona fede,* in *Riv. dir. comm*., II, 1978, p. 924 ss.

BESSONE M., *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1972, p. 962 ss.

BETTI E. , *Progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. comm*., 1929, I, p. 665 ss.

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, seconda ed., Milano, 2000.

BIANCA C. M., *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 86 ss.

BIANCA C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ*., I. 1989, p. 205 ss.

BIGLIAZZI GERI L., *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori* (a cura di Bianca e Alpa), Padova, 1996, p. 324 ss

BIGLIAZZI GERI L., voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv*. - Sez. civ., IX, Torino, 1993

BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.,* vol. II, Torino, 1988.

BIGLIAZZI GERI L.,*Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

BONELL M.J., *I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit* (a cura di Bonell e Bonelli), Milano, 1997, p. 16 ss.

BONELL M.J., *Un «codice» internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995.

BONILINI G., *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale manifestamente eccessiva*, in *I Contr.*, 2000, p. 121 ss.

BOUDOT, *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Europ. e d. priv*., 2008, p. 635;

BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

BRECCIA U., Principles, definitions e model rules *nel "comune quadro di riferimento europeo"*(Draft Common Frame of Reference), in *I Contr.*, 2010, p.95 ss.

BRECCIA U., *Equilibrio fra le prestazioni e causa del contratto di scambio*, in *Diritto privato comunitario*, a cura di P. Perlingieri e L. Ruggieri, Napoli, 2008.

BRECCIA U., *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 161 ss.

BRECCIA U. , *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto*

*mondiale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, 28 (1999), p. 329 ss.

BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ*., 2001, I, p. 537 ss.

CALDERAI V., voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 447ss.

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv*., IV, 2008, 831 ss.

CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2005, p. 565 ss

CANARIS C. W., *Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung"*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 200. Bd., H. 3/4 (2000), pp. 273 ss.

CANARIS C. W., *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf* , in *Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht* (ZGR), 1982, p. 416 ss.

CAPOBIANCO V., *L'abuso di dipendenza economica oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e merc*., 2012, p. 619 ss.

CAPRIOLI, voce *"Rescissione" (storia)*, in *Enc. del dir*., Milano, 1988.

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1957

CARNELUTTI F., Nota a Cass. Firenze, 19 maggio 1923, in *Foro it*., 1923, I, p. 605 ss.

CARPINO B., *La rescissione del contratto*, in *Il Codice civile commentato* (fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli), Milano, 2000.

CARRARO L., *Valore attuale della massima* "fraus omnia corrumpit", in *Riv. Trim. dir. e proc. civ*.,1949, p. 782 ss.

CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm*. diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXI, tomo II, Milano, 1987.

CARRESI F., *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 440 ss.

CARRESI F., *La violenza nei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1962, 411 ss.

CARRESI F., voce *Rescissione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993.

CARRESI F., *Sui requisiti del dolo*, in *Giur. toscana*, 1952, p. 228 ss.

CARTWRIGHT, *Unequal bargain: a study of vitiating factors in the formation of contract*, Oxford, 1991.

CARUSI F., voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir*., X, Milano, p. 1962.

CASTRONOVO C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. e dir. priv*., III, 2017, 764 ss.

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

CASTRONOVO C., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1234 ss.

CASTRONOVO C., *Vaga* '*culpa in contrahendo*'*: invalidità e responsabilità e la ricerca della 'chance' perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 19.

CASTRONOVO C., Diritto *privato generale e diritti secondi, la ripresa di un tema*, in *Eur. Dir. priv*., II, 2006, p. 397 ss.

CASTRONOVO C. - MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo,* I, Milano, 2007;

CASTRONOVO C., *Un contratto per l'Europa, in Principi di diritto europeo dei contratti,* I e II, Milano, 2001.

CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm*., 1995, p. 23 ss.

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, tomo I, Milano, 1995.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, terza ed., Milano, 2006.

CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001-2005.

CASTRONOVO C., *Profili della nuova disciplina delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. e dir. priv*., 1998, p. 29 ss.

CASTRONOVO C., *sub 1176*, nel *Comm. al Cod. civ.* diretto da Cendon, Torino, 1991

CASTRONOVO C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989.

CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1986, p. 21 ss.

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.

CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, 392 ss.;

CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974.

CAVALLO BORGIA R., *Dell'annullabilità del contratto*, nel *Commentario al codice civile Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1998.

CENDON - GADINO, *I dolo nei contratti*, in Alpa e Bessone (a cura di), *I contratti*, IV-2, in *Giur. sist. civ. comm*. Bigiavi, Torino,1987.

CIAN G., *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti,* in *Riv. dir. civ*., 2002, I, p. 498.

CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Librio IV) del codice civile. Sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *St. iuris*, 1996, p. 411 ss.

CIAN G*., Antigiuridicità e colpevolezza*, Milano, 1966.

CHAGNY, *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, in *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016, p. 115 ss.

CHAUVEL P., *Dol, Rép. Civ.,Dalloz*, 2014, 11 ss

CHECCHINI A., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977.

COLANGELO G., *Abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004.

COLAVINCENZO, *Nullità e rescissione dei contratti usurari*, Napoli, 2011

COLLINS H., *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2003, p. 659 ss.

COLLINS H., *The Law of Contract*, London, 2003.

COLOMBI CIACCHI, *L'attuazione in Germania della direttiva comunitaria sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2003, Milano, p. 300 ss.

CORSARO L. , voce *Rescissione*, in *Dig. disc. Priv.,* Torino, 1998;

CORSARO L., voce *Violenza (dir. civ.*), in *Enc. giur*., vol. XXXVII, Roma, 1994.

CORSARO L., *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (studio preliminare)*, Perugia, 1979.

CORSARO L. , *Sulla ratio degli artt. 1447, 1448, 1438, 428, 2 c. del codice civile*, in *Ann. fac. giur. univ*. Perugia, 1973.

COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr*. 1986, I, p. 848 ss.

COSTANZA M. , *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989

COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929.

CRISCUOLI G., *Timore reverenziale e approfittamento*, in *Riv. trim dir. proc. civ*., 1988, 374 ss.

CRISCUOLI G. , *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ*., I, 1984, p. 709 ss.

CRISCUOLI G. , *Violenza fisica e violenza morale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1970, p. 127 ss.

CRISCUOLI G., *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, in *Riv. dir. civ*., 1964, I, p. 364 ss.

CUFFARO V., voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir*., vol. XXXIX, Milano, 1988.

D'ADDA A., *sub 2058*, *Dei fatti illeciti* (a cura di Carnevali), nel *Comm. del Cod. civ*. (diretto da E. Gabrielli), Milano, 2011

DALMARTELLO A., *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1963, p. 25 ss.

D'AMICO G., *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Gius. Civ*., I, 2019, p. 48 ss.

D'AMICO G., *Principi costituzionali e clausole generali,* in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Torino, 2017.

D'AMICO G., *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti fra privati (con particolare riferimento ai rapporti contrattuali)*,in *Giust. Civ*., 2016, p. 443 ss.

D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Correzione e integrazione del contratto* (a cura di F. Volpe), Bologna, 2015.

D'AMICO G*., La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita*, in MEZZASOMA, V. RIZZO e LLAMAS POMBO (a cura di), *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, 2015, p. 122.

D'AMICO G., *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014.

D'AMICO G., *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è )*, in *Giust. civ*., I, 2014, p. 202 ss.

D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, in *Contr.*, 2014, p. 926 e ss.

D'AMICO G., *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in *Nullità per abuso e integrazione del contratto* (a cura di D'Amico e Pagliantini), Torino, 2013.

D'AMICO G., *Nullità non testuale*, in *Enc. del dir*., Annali IV, Milano, 2011

D'AMICO G., *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010.

D'AMICO G*., La tutela dell'investitore in strumenti finanziari tra regole di validità e regole di responsabilità*, in AA.VV., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore* (a cura di A. Plaia), Milano, 2008, p. 45 ss.

D'AMICO G., voce *Formazione del contratto*, nell'*Enc. del dir., Annali* II, Milano, 2008, p. 599 ss.

D'AMICO G., *Nullià virtuale- nullità di protezione (variazioni sul tema della nullità)*, in *Contratti,* 2009, 7, p. 732 ss.

D'AMICO G*., La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto* (a cura di G. Gitti e Villa), Bologna, 2008.

D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Rimedi-2*, in *Tratt. del contr*. (diretto da V. Roppo), vol. V, Milano, 2006.

D'AMICO G., «*Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

D'AMICO G., voce *Violenza (dir.priv.)*, in *Enc. del dir*., Milano, 1994.

D'AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, in *In Iure Praesentia*, 1989, p. 426 ss.

D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, nel *Tratt. dir. priv*. diretto da M. Bessone, vol. XIII, tomo IV, Torino, 2004.

DE CRISTOFARO G., *Il (difficile) dialogo fra dottrina e giurisprudenza in materia di annullabilità del contratto: il caso del dolo omissivo,* in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti* (a cura di C. Perlingieri e L. Ruggieri), *Lezioni raccolte da P. Perlingieri*, Napoli, 2016, p. 317 ss.

DE CRISTOFARO G., *Il «codice del consumo». Un'occasione persa?*, in *Studium Iuris*, 2005, p. 1140 s.

DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979.

DE GEEST G. - KOVAC K., *The Formation of Contracts in the Draft Common Frame of Reference* (2009), 17 *European Review of Private Law*, p. 113 ss

DEGNI, *I limiti della libertà contrattuale e l'usura nel dir. priv*., in *Riv. crit.dir. e giur*., 1908, II, p. 1 ss.

DELLE MONACHE S., *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli,* Napoli, 2018, p. 759 ss.

DELLE MONACHE S., *Tutela risarcitoria e inadempimento contrattuale (a proposito delle "prestazioni senza obbligazione")*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 375 ss.

DELLE MONACHE S., *Ritardi di pagamento e nuove competenze dell'Antitrust*, in *Assicurazioni*, III, 2014, p. 497 ss

DELLE MONACHE S., *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Annuario del contratto, 2009* (a cura di A. D'Angelo e V. Roppo), 2010, Torino, p. 104 ss.

DELLE MONACHE S., *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2000.

DE MARTINI A., *In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale nel contratto*, in *Foro it*., 1952, I, p. 431 ss.

DE NOVA G., *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento del danno ex art. 2043,* in *Resp. civ. e prev*., 2014, p.10 ss.

DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. Dir. priv*., 1985, p. 435 ss.

DEL PRATO E., *La minaccia di far valere un diritto*, Padova, 1990.

DE POLI M., *Rescissione del contratto,* in *Il Codice civile commentato* (fondato da P. Schelsinger e diretto da F. D. Busnelli), Milano, 2015.

DE POLI M., *I mezzi dell'attività ingannatoria e della reticenza: da Alberto Trabucchi alla stagione della "trasparenza contrattuale",* in *Riv. dir. civ*., V, 2011, 647 ss.;

DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

DESHAYES- GENICON- LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*,Paris, 2016, 205 ss.

DI MAJO A., *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv*., 2013, p. 797 ss.

DI MAJO A., *Il contatto sociale - la* '*culpa in contrahendo*' *tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, 2565.

DI MAJO A., *L'obbligazione protettiva*, in *Eur. e dir. priv.,* I, 2015, p. 2 ss.

DI MAJO A*., Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

DI MAJO A., *Le nullità*, nel *Trattato Bessone, Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002.

DI MAJO A., I *principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1996, p. 289.

DI MAJO A., *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 Maggio 1969*, Milano, 1970.

DI MARZIO F., *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ*., I, 2011, p. 491 ss.

DI MARZIO F., *I contratti tra imprese*, in *Diritto civile* (diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini), *Vol. III, Obbligazioni, II, Il contratto in generale*, Milano, 2009.

DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008.

DI RAIMO R., *Errore, violenza e dolo*, in *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), nel *Comm. cod. civ.* (diretto da E. Gabrielli), vol. VI, Milano, 2011.

DI SABATO D., *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contr. e impresa*, 2018, p. 96 ss.

DI SAPIO., Ignorantia legis *e responsabilità precontrattuale*, in *Giust. Civ*., I, 1998, p. 2773 ss.

DISSAUX N. - JAMIN C:, *Reforme des contrats, du régime générale et de prevue des obligations*, Dalloz, 2016, 46 s.

DOGLIOTTI, *I diritti dell'anziano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1987, p. 712 ss.

DÖLLE H., *Aussergesetzliche Schuldpflichten, in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943.

EISENBERG M. A. , *The Bargaining Principles and its limits,* 95, Harvard L. Rev., 1982, 741 ss.;

EISENBERG M. A., *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Non performance*, 107 Mich. L. Rev. 1413 ss. (2009);

EISENBERG M. A., *The Principle of Unconscionability* , rinvenibile all'indirizzo https://escholarship.org/uc/item/77h162nt.

EMMERICH, *§ 311*, nel *Münchener Kommentar zum BGB*, 5ª , Monaco, 2007.

FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.

FALZEA A., *Gli* standards *valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ*., I, 1987, p. 1 ss.

FEBBRAJO T., *La ridicibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ*., 2001, p. 612.

FEDELE A*., Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. civ*. (a cura di M. D'Amelio e E. Finzi), *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948.

FEDELE A., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1983.

FEDERICI I., *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010.

FERRI G.B. , *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990 .

FERRI G.B. , *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. dir. comm*., 1975, p. 289.

FERRI G.B., *Appunti sull'invalidità del contratto, (dal codice civil.e del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. Dir. Comm*., 1996, I, p. 367 ss.

FERRI G.B., *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. e giur*., 2004, p. 5.

FERRI G.B*., sub* art. 1321, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), Torino, 2011.

FERRI G. B., *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 Maggio 1969*, Milano, 1970.

FERRO LUZZI, *L'imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, Padova, 1999

FIGONE A., *La violenza (art. 1434-1438)*, in *Comm. al codice civile*, fondato da Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005.

FORCHIELLI P., *Recensione a Francesco Lucarelli, Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 1965, I, 541 ss.

FOUILLÉE*, La science sociale contemporaine*, Parigi (Hachette), 1880, p. 440.

FORMICA, *Vizi della volontà: B) violenza*, in *Riv.dir.civ*., II, 1958, p. 44 ss.

FRANZONI M.., *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ*., 2006, p. 295 e ss

FRANZONI M., *Il contratto annullabile*, in *Il contratto in generale* (a cura di A. Di Majo, G.B. Ferri, M. Franzoni), nel *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. Bessone), vol. XIII, tomo VII, Torino, 2002.

FUNAIOLI C.A., voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir*., vol. XIII, Milano, 1964.

FUNAIOLI G.B., *La teoria della violenza nel negozio giuridico*, Roma, 1927.

GALGANO F., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Il ruolo della civilistica nel processo di costruzione della nuova Europa* (a cura di Scalisi), Milano, 2005, p. 543 ss.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, nel *Tratt. dir. civ. e comm*. (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, poi da P. Schlesinger), seconda ed., Milano, 2002.

GALGANO F., *Dell'annullabilità del contratto*, nel *Commentario del codice civile Scialoja - Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna - Roma, 1998.

GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte,* in *Contr. e impresa*, 1997, p. 418 ss.

GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impresa*, 2000, p. 919 ss.

GALLO P., *Contratto e buona fede (buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto)*, Torino, 2014

GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 641 ss.

GAROFALO A. M., *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XI, 2018

GATTI S., *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 424 ss.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 144.

GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.

GENTILI A. - CINTIO V., *I nuovi vizi del consenso*, in *Contr. e impr*., I, 2018, p. 155 ss.

GENTILI A., *Invalidità e regole dello scambio*, in *Le forme della nullità* (a cura di S. PAGLIANTINI), Torino, 2009.

GENTILI A., *Disinformazione e invalidità, i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, IV, 2008, p. 393 ss.

GENTILI A., *I contratti usurari: tipologia e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001, p. 373 ss.

GENTILI A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), tomo II, nel *Tratt. dei contr.* (diretto da P. Rescigno), Torino, 1999.

GENTILI A., voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. giur*., vol. XIII, Roma, 1989.

GHESTIN, *Les obligations. Le contrat: formation*, 2, Parigi, 1988, p. 20 ss;

GIANOLA A., voce Unconscionability, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. V*, s.l., Milano, 2010.

GITTI G., VILLA G., *Il terzo contratto: l'abuso del potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.

GORGONI A., *I vizi del consenso nella riforma del* Code Civil: *alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Pers. e mercato*, I, 2018

GORDLEY J., The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford, 1992.

GORLA G., voce "Consideration", in *Enc. dir*., IX, Milano,1961, p. 176 ss.

GRANELLI C., *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale*, in *Nuova giur. civ., comm*, 7/8, 2018, p. 1200 ss

GRASSI*, Il nuovo reato di usura: fattispecie penale e tutele civilistiche*, in *Riv. dir. priv*., 1998, p. 235.

GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002.

GRIMALDI C., *Proposition de modification de l'article 1137 alinéa 2, du Code civil relatif à la réticence dolosive, Revude des Contracts*, I, 2017, 175 ss.

GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

GRONDONA M., Undue influence; unconscionable bargain; inequality of bargaining power: *poteri del giudice sul contratto e trasfarenza delle motivazioni*, in *Trusts e attività fiduciarie*, II/2003, p. 245 ss.;

GRONDONA M., *La tutela della libertà del consenso tra* "undue influence"*, dolo e squilibrio contrattuale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, II/2001, p. 227 ss.

GROSSI P., *Introduzione*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Torino, 2017.

S. GRUNDMANN – M.S. SCHAFER*, The French and the German Reforms of Contract Law*, in *Pers. e mercato*, I, 2018, 20 ss.

GRUNDMANN S., "The future of contract law", (2011), 7, *European Review of Contract Law*, p. 520 s.

GRUNDMANN S. , *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ*., I, 2002, p. 365 ss.;

GRUNDMANN S., *The optional European code on the basis of the acquis Communautaire starting points and trends*, in *European law journal*, VI, November 2004, 698 ss. (edito anche in versione italiana: *Il codice europeo opzionale. Fondamenti di una codificazione progressiva sulla base dell'*acquis communautaire, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, I, Milano, 2006);

GRUNDMANN S.*, L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento, in Europa e dir. priv., 2001,* p. 257 ss.

HESSELINK M., *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2014, p. 81 ss.

HESSELINK M., Unconscionability, Unfair Exploitation and the Nature of Contract Theory - Comments on Melvin Eisenberg's 'Foundational Principles of Contract Law' (January 31, 2013). Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2013-03; Amsterdam Law School Research Paper No. 2013-07, p. 4.

HESSELINK M., *Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile Europeo?*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice*

*civile europeo. Materiali dei seminari* (a cura di G. Alpa e E.N. Buccico) , Milano, 2001.

IRTI N.., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 37 ss.

IRTI N. , *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv.dir.civ.*, I, 1994, p. 559 ss.

IRTI N., *Persona e mercato*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, 2012.

KRONMAN*, Errore e informazione sull'analisi economica del diritto contrattuale*, in *Pol. Dir.*, 1980, p. 289 ss.

LANDO O., *Can Europe build unity of civil law whilst respecting diversity?,* in *Eur. Dir. Priv.*, I, 2006, p. 1 ss.

LANZILLO R.– RICCIO A., *Rescissione del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, (diretto da F. Galgano), Bologna-Roma, 2005.

LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.

LARENZ- WOLF, *Lehbruch des Shuldrechts*, I *Band, Allgemeiner Teil*, 1997.

LARENZ, *Lehbruch des Shuldrechts*, I *Band, Allgemeiner Teil*, 1987.

LEFF A., *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause*, 115 U. Pa L. Rev. 489, 1967.

LPHSSE S., in *Commentaries on European Contract Law* (a cura di Zimmermann e Jansen), Oxford, 2018.

LIBERTINI M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in onore di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 113 ss.

LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237 ss.

LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

LOBUONO, *sub* art. 1435, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), Torino, 2011.

LOI M.L - TESSITORE F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975.

LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, cit., p. 174 ss.

LUCARELLI F., *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964.

LUMINOSO A., *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr*., 1988, p. 792 ss.

LUZZATI C., *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico* (a cura di G. D'Amico), 2017.

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MAGGIOLO M., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003.

MAIORCA, voce *Contratti standard*, in *Novissimo digesto it., Appendice*, Torino, 1981, p. 620 ss.

MAJELLO U., *La patologia discreta del contratto annullabile,* in *Riv. dir. civ*., IV, 2003, p. 329 ss.

MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.

MANCINI, recensione a Benatti, (*La responsabilità precontrattuale,* Milano, 1963) in *Riv. trim.dir. e proc. civ.*, 1966, p. 1073).

MANTOVANI M., *La nullità e il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, IV, Rimedi-1 (a cura di A. Gentili), Milano, 2006

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

MANTOVANI F., voce *Estorsione*, in *Enc. giur*., XIII, Roma, 1989.

MARICONDA V. *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere giur.*, 2008, 230 ss.

MARICONDA V., *Truffa e contrarietà del contratto a norme imperative*, in *Corr. giur*., 1987, p. 209 ss.

MARICONDA V., *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*, nota a Cass. Civ., sez. II, 24.10.1994 n. 8948 in *Corr. Giur*. II, 1995, p. 221 ss.

MARINI G., *sub* art. 1447, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di E. Navarretta e A. Orestano), Torino, 2011, p. 330.

MARINI G., voce *Rescissione (dir. vig.)*, in *Enc. del dir*., Milano, 1988.

MARINI G., *La clausola penale*, Napoli, 1984.

MARINI G., voce "Incapaci" *(circonvenzione di)*, *Dig. disc. Pen*., Torino, 1994.

B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German law of contract (a Comparative Treatise)*, Oxford and Portland, 2006.

MARUCCI B., *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Rass. Dir. civ*., 2003, p. 213 ss.

MAUGERI M., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003

MAYER-MALY, *Münchener Kommentar zum BGB* 3, Aufl., I, Beck, 1994.

MAZEAUD D., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2016, 10432 ss.

MAZEAUD D., *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, in *Riv. Dir. Civ*., IV, 2014, 1080 ss.

MAZZAMUTO S., *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur.e dir. priv*., III, 2016, p. 597 ss.

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015

MAZZAMUTO S., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. e dir. priv.*, I, 2011, p. 122 ss.

MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi,* in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 601 ss.

MAZZARESE S., *Clausola penale*, artt. 1382-1384, nel *Comm. al cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999.

MEDICUS D.-LORENZ S., *Schuldrecht. I. Allgemeinter Teil*, Monaco, 2012, rn. 543

MEDICUS D., *Shuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 15. Auflage, Munchen, 2004, p. 71 ss

MEDICUS D., Abschied *von der Privateautonomie im Schuldrecht?*, Colonia, 1994;

MEDICUS D., *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, 1981, p. 543 ss.

MELI M., *La tutela della parte debole nel diritto contrattuale inglese. Le* doctrines *della* Undue Influence *e della* Unconscionability, Padova, 2005.

MEKKI M., *Ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations*, 2016, Recueil Dalloz, 2016, p. 494 ss

MENGONI L., "Metus causam dans" e "Metus incidens", in *Riv. dir. comm*., 1952, I, p. 20 ss.

MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei contratti del consumatore nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno, III, Obbligazioni e contratti,* Milano, 1998.

MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1997, I, p. 1 ss.

MENGONI L*., Spunti per una teoria sulle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.

MENGONI L., voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm*., 1956, II, 360 ss.

MENGONI L., *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 280 ss.

MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002.

MERUZZI G., *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e impr*., 1999.

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, I, nel *Trattato dir. civ. e comm*. (diretto da A. Cicu e F. Messineo), Milano, 1973.

MESSINEO F., Manuale di diritto civile e commerciale, I, Milano, 1957.

MESSINEO F. , *Note differenziali tra dolo e frode*, in *Riv. dir. comm*., 1921, II; p. 467 ss.

MESSINETTI D., *Incapacità di intendere o di volere e capacità dispositiva del soggetto,* in *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 1995.

MEUCCI S., *"Nuovi vizi" del consenso e disciplina della concorrenza*, in *Pers. e mercato*, II, 2019, p. 48 ss.

MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, nel *Trattato del contratto* (diretto da Roppo), IV, *Rimedi - 1* (a cura di Gentili), Milano, 2005.

MINERVINI E., *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ*., 1987, II, p. 924 ss.

MIRABELLI G., *La rescissione del contratto*, seconda ed., Napoli, 1962.

MIRABELLI G., voce *Rescissione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it*., vol. XV, Torino,1968.

MIRABELLI G., voce *Negozio giuridico*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1978.

MONATERI P. G., *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, in D'Angelo-Monateri-Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale*. *Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto,* Torino, 2005, p. 57 ss.

MONATERIP. G., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto,* in *Riv. dir. civ*., IV, 2003, p. 409 ss.

MONTEL A., *Della rescissione del contratto*, nel *Comm. cod. civ.* (a cura di M. D'Amelio e E. Finzi), *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948.

MONTEL A., voce *Lesione*, in *Nuovo dig. it*., Torino, 1938

MORELLI M.R., *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ*., I, 1994, p. 2168 ss.

MORELLI M. R., *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. Civ.*, 1999; II, p. 11 ss.

MOSCATI, *Autonomia privata, libertà del consenso e giustizia contrattuale*, nel volume *Ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* (a cura di SCALISI), 2005, Milano p. 573 ss.

MOSCHELLA, *La rilevanza civile della circonvenzione di incapaci*, in *Foro it*., 1980, I, p. 2860 ss.

MUSY A.M., *Informazioni e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1998, p. 611 ss.

NAPOLI G. E., *La rinnovata fisionomia della rescissione per lesione*, Napoli, 2018.

NATOLI R., *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* (a cura di Pagliantini), Torino, 2010, 304 ss.

NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica*. *Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004.

NATOLI R., voce *Abuso di dipendenza economica*, in *Digesto (disc. comm.)*, Torino, 2003.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974.

NAVARRETTA E*., Il contratto democratico e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 2016, p. 1284 ss.

NAVARRETTA E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. e dir. priv.,* 2012, p. 964 ss.

NAVARRETTA E. *, Il danno ingiusto,* in *Tratt. Lipari-Rescigno,* IV-3*,* Milano, 2009, p. 252. NAVARRETTA E. *, Causa e giustizia contrattuale a confronto*, in *Riv. dir. civ*., 2006, p. 418 ss.

NAVARRETTA E., *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2005, 512 ss.

NIVARRA L., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv*., I, 2014, p. 60 ss.

OPPO G., *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. dir. comm*., 1963, I, p. 153 ss.

OPPO G., *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ*., 1999, I, p. 533 ss.

ORLANDI M., *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto* (a cura di Gitti e Villa), Bologna, 2008, p. 137 ss.

PAGLIANTINI S., *Ancora sulla "saga" dei derivati (note minime sul principio di effettività e sui c.d. vizi del XXI secolo)*, in *Le nuove leggi civ. comm*., IV, 2016, 808 ss.

PAGLIANTINI S., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale e ABF: "il mondo di ieri" o un* trompe l'oeil *concettuale?*, in *I Contratti*, 10, 2014, p. 871 s.

PAGLIANTINI S., *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm*., I, 2010, p. 416 ss.

PARADISO, *La responsabilità medica: dal contratto al torto*, in *Riv. dir. civ*., 2001, I, 330 s.

PARDOLESI R., *Un nuovo super potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it*., 2014, p. 2039 e ss.

PARDOLESI R., *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. III ss.

PARIOTTI E., *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000.

PASSAGNOLI G., *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale e interpretazione «autentica»*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002.

PATTI G. e PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 1993.

PATTIF. P., '*Fraud' and 'Misleading Commercial Practices': Modernising the Law of Defects in Consent*, in *European Review of Contract Law [ERCL]*, 12, 2016, pp. 307-334; Bocconi Legal Studies Research Paper, No. 3397960

PATTI F. P., *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ*., 2014, p. 690 ss.

PELLECCHIA E., *La correttezza precontrattuale fra trattazione e innovazione*, in *Liber Amicorum per F. D. Busnelli*, Milano, 2008, p. 498 e ss.

PENNASILICO M., *Interpretazione ed integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Civ*., 4, 2017, 163 ss.

PENNASILICO M.*, Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv.dir. civ*., V, 2016, p. 1246 ss.

PENNASILICO M., "Menàge a trois": *la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. Dir. civ*., 1, 2016, 179 ss.;

PENNASILICO M., *Interpretazione e integrazione del contratto*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, (a cura di C. Perlingieri e L. Ruggieri), *Lezioni raccolte da P. Perlingieri*, Napoli, 2016, p. 155 ss.

PERFETTI U., *La rescissione*, in *Diritto civile, III, 2, Il contratto in generale*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2009.

PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005

PERFETTI U., *La giustizia contrattuale nel* Draft Common Frame of Reference *del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ*., 2009, II, p. 667 ss.

PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, Napoli, 2003

PERLINGIERI G., *L'Inesistenza della differenza fra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

PERLINGIERI P. , *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ*., 2006, 425 ss.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., 2006, 379 ss.;

PERLINGIERI P., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, Esi, 2003, 443 ss

PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.,* 2001, p. 334 ss.

PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti,* in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* (a cura di L. Ferroni), Napoli, 2002.

PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2001, p. 223 ss.

PESCARA R., *La tecnica della protezione occasionale nel sistema dell'art. 428 c.c.*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 4, III, Torino, 1982.

PESCATORE V., *Clausola di irriducibilità della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 905.

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.

PIETROBON V. , voce *Incapacità naturale*, in *Enc. giur*, Roma, 1989, p. 4.

PIETROBON V., *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, in *Contr. e impr*., 1987, p. 759 ss

PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

PIETROBON V., voce *Errore (diritto civile)*, in *Enc. giur*., vol. XIV, Roma, 1989.

PIRAINO F., *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principi*, Napoli, 2017

PIRAINO F., *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, in *Eur. e dir. priv*., II, 2015, p. 233 ss.

PIRAINO F., *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Europa dir. priv*., 2014, p. 1118 ss.

PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei* Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?, in *Giur. comm*., 4, 1997, p. 566 ss.

PROSPERI F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass. S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. e impresa*, 2008, p. 936 ss.

PROSPERI F., *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, in *Scritti in memoria di V.E. Cantelmo* (a cura di Favale e Marucci), Napoli, 2003.

PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ*., 1999, p. 639 ss.

QUADRI E., *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm*., II, 1997, p. 62 ss

QUADRI E., *La rettifica del contratto*, Milano, 1973.

RABITTI M., *Contratto illecito e norma penale: contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000.

RAGANELLI, *Circonvenzione di incapace e nullita o annullabilita del contratto*, in *Giust. Civ*. 1980, I, p. 943 ss.

RAISER, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in ID., *Il compito del diritto privato*, trad. it. di Die Aufgabe des Privatrechts, Kronberg, 1987, Milano, 1990, p. 12

RAVAZZONI A., *La formazione del contratto, I, Le fasi del procedimento*, Milano, 1966.

RAVAZZONI A., *La formazione del contratto, II, Le regole di comportamento*, Milano, 1974.

REALMONTE F., *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *L'intermediazione mobiliare,* (a cura di S. Mazzamuto e G. Terranova), Napoli, 1993, p. 122

RESCIGNO P., *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, (a cura di Cabella Pisu e Nanni), Padova, 1998

RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950

RICCIO A., *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002, p. 92 ss.

RICCIO A., *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia privata*, in *Contr. e impresa*, 1999, p. 21 ss.

RICCIO A., *Le conseguenze civili dei contratti usurari: è soppressa la rescissione per lesione* ultra dimidium*?*, in *Contr. e impr*., 1998, 1027 ss.

RIEBLE, *sub* § 338 BGB, in *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlino, 2009.

RITTNER F, *Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb*, in AcP, 1988, 107.

RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1996.

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1986, p.709 ss.

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Roma, 1964.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Roma, 1964.

RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964.

RODOTÀ S., *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad*., 1964, I, p. 1283 ss.

ROJAS ELGUETA, *Fallimenti cognitivi e regolazione del mercato energetico*, in *Contratto e Impresa*, I, 2016, p. 255 ss.

ROLLI R., *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?,* in *Contr. e impr*., 2001, p. 611 ss.

ROMANO SAL., *Ordinamenti giuridici privati (Appunti)*, Milano, 1955, p. 288 ss.

ROMANO SAL., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico di diritto privato*, Milano, 1961.

ROMANO SAL., voce *Buona fede*, in *Enc. dir*., vol. V, Milano, 1959.

ROMANO SAL., *Ordinamenti giuridici privati (Appunti)*, Milano, 1955.

RONCO M. , *voce* «Circonvenzione di persone incapaci», *Enc. giur.*, Roma, 1988.

RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003.

ROPPO V., AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale,* in *Danno e resp*., I, 2006, p. 25 ss.

ROPPO V., *Il contratto del duemila*, terza ed., Torino, 2011.

ROPPO V., *Il contratto*, nel *Tratt. dir. priv*. a cura di G. Iudica e P. Zatti, seconda ed., Milano, 2011.

ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza 'Rordorf'*, in *Danno resp.*, 2008, 536 ss.

ROPPO V.*, Giustizia contrattuale e liberta` economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *R. crit. d. priv*., 2007, p. 599 ss.

ROPPO V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. Dir*., 2007, p. 458.

ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss.

ROPPO V., *Spunti in tema di responsabilità «pericontrattuale». Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, in *Resp. civ. e prev*., 2014, p. 16 ss.

ROPPO V*., Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto"),* in *Riv. dir.priv.,* 2007, 669 ss.

ROPPO. V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv*., 4, 2001, p. 788 ss.

ROPPO V., voce *"Contratto"*, nel *Digesto delle disc. priv.*, IV, Torino, 1989, 87 ss.

ROPPO V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina della attività negoziale di impresa*, Milano, 1975.

ROTONDI, *Vecchi e nuove tendenze per la repressione dell'usura*, in *Riv. dir.civ*., 1911, p. 239 ss.).

ROVELLI L., *Principi, clausole generali, concetti indeterminati nell'applicazione giuriprudenziale*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico* (a cura di G. D'Amico), 2017, p. 15 ss.

ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto in generale* (a cura di A. Di Majo, G.B. Ferri, M. Franzoni), nel *Tratt. dir. priv*. (diretto da M. Bessone), vol. XIII, tomo II, Torino, 2002.

SACCO R., voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg*. VII, Torino, 2012.

SACCO R., voce *Dolo omissivo*, in *Dig. disc.priv*., Torino, 2011.

SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, tomo I, terza ed., Torino, 2004.

SACCO R., *Considerazioni conclusive*, in *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari* (a cura di M. Bessone e F.D. Busnelli), Milano, 1992, 181 s.

SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.* (diretto da F. Vassalli), vol. VI, tomo II, Torino, 1975.

SACCO R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, 1997, III. *L'abuso del diritto*, Padova, 1998.

SACCO R., *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm*.,1951, II, p. 82 ss.

SACCO R., *Responsabilità del committente per culpa in contreahendo del commesso,* in *Riv. dir. comm*., 1948, II, p. 2 ss.

SALANITRO U., *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche:* '*ratio decidendi*' *e* '*obiter dicta*' *delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 445 ss.

SANCASSANI, *Gli accordi «gravemente iniqui» nella direttiva 2000/35/CE: l'attuazione dell'art. 3, comma 3, negli ordinamenti italiano e tedesco* in *Annuario di diritto tedesco (2005-2006)*, Milano, 2006.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, nona ed., Napoli, 1989.

SCARANO, *art. 1469-ter comma 4°* , in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* (a cura di Alpa e S. Patti), ne *Il Codice Civile* (fondato da P. Schlesinger), 2003.

SCARSO A., *Il contraente debole*, Torino, 2006.

SCHERILLO P., *In tema di usura e lesione*, in *Giur. it*., 1948, I, 1, p. 52 ss.

SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it*., 1999, I, p. 29 ss.

SCHWAB, *La libertà contrattuale in caso di convenzioni matrimoniali e di accordi di divorzio nella recente giurisprudenza tedesca*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2003, Milano, p. 39 ss.

SCODITTI E., *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it*., 2006, I, p. 1107 ss.

SCONGNAMIGLIO C., *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, p. 1515 ss.

SCONGNAMIGLIO C., *Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in caso di contratto validamente concluso*, in *Corr. Giur*., 12, 2016, p. 1517 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno ed alternatività delle tutele di diritto civile*, in *Resp. civ. e prev*., 2012, 704 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del Collegio*, in *Resp. civ. e prev.,* 2010, 611 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv*., 2008, 599 ss.

SCONGNAMIGLIO C., *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1949 ss.

SCOGNAMIGLIO R., voce *Negozio giuridico*, in *Enc. giur*., Roma, 1990.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ*. (diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli), vol. IV, tomo II, terza ed., Milano, 1972.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, nel *Commentario al codice civile* Scialoja-Branca, Bologna- Roma, 1970.

SCOGNAMIGLIO R. , *La violenza nei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1962, p. 411 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1957, p. 201 ss.

SCONDITTI E., *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*, in *Foro. it.*, 2008, I, 785 ss

SCOZZAFAVA T.O., *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1978, p. 309 ss.

SIBER H., *Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht*, Leipzig, 1903.

SICCHIERO G., *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 2006, 1602 ss.

SINISCALCO M., voce *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Enc. del dir.,* VII, Roma, 1960.

SIRENA P., *sub art. 1469 ter*, *comm. 2°, cod. civ*., in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* (a cura di Alpa e S. Patti), ne *Il Codice Civile* (fondato da P. Schlesinger), Milano, 2003.

SMORTO G., *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv*., II, 2007, p. 21 ss.

STANCA S., *Note in tema di causa nel* draft common frame of reference *e nella proposta sulla* CESL, in *Contr. e Impresa*, 3, 2015, p. 719 ss.

STOLFI G., Culpa in contrahendo *e prescrizione*, in *Giur. it*., 1974, I, 2, p. 429 ss.

STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 162 ss.

STOLFI G., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. It*., 1948, IV, p. 43 ss

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.

TASSONE, «Unconscionability» *e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. di dir. priv*., 3, 2001, p. 527 ss.

TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 492.

THIENE A., *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazioni*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* (a cura di G. Visintini), Padova, 2009.

TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.

TRABUCCHI A., *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, p. 495 ss.

TRABUCCHI A., voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960.

TRABUCCHI A., voce *Errore (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960.

TRABUCCHI A., voce *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XX, Torino, 1975.

TREITEL, *Law of contrac*t, Londra, 2007.

TRIMARCHI V. M., *La clausola penale,* Milano, 1954.

TRIMARCHI P., *Il diritto protegge gli ingenui?*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1390 s.

TROIANO S., voce *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, *Annali VI* , Milano, 2013, p. 763 ss.

TROIANO S. , *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

TROIANO S., *sub 1469 bis comma 1°*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* (a cura di Alpa e S. Patti), ne *Il Codice Civile* (fondato da P. Schlesinger), Milano, 2003.

TURCO C, *L'interesse negativo nella* '*culpa in contrahendo*' *(verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 1, 165 ss.

TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

VETTORI G., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983.

VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.

VETTORI G., *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241 ss.

VETTORI G., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv*., 2002, p. 922 ss.

VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv*., 2000, p. 21 ss.

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

VILLA G., *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, in *Quadrim*., 1988, p. 286 ss.

VIOLA F. - ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, VI., Roma-Bari 2009

VISINTINI G., *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale alla luce della casistica*, in *Contr. e impr*., II, 2017, p. 335 ss

VISINTINI G., *sub art. 1218 c.c.2*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 286 ss

VISINTINI G., *Trattato breve alla responsabilità civile*, Padova, 1999, p. 221.

VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

VITUCCI P., *La rescissione*, in Trattato del contratto (diretto da V. Roppo), IV-2, Rimendi (a cura di A. Gentili), Milano 2006, p 465 ss.

VOCINO, *La rescissione della vendita per lesione e la posizione del compratore*, Roma,1931.

VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

VOLPE F., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale* (Gross Disparity), in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 40 ss.

VOLPE F., *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv*., 2002, 303 ss.

VOLPE F., voce *Contratto giusto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg*. III, Milano, 2007.

VON JHERING R., *Della* culpa in contrahendo *ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, (traduzione dal tedesco e nota di lettura a cura di F. Procchi), Napoli, 2005.

ZACCARIA A., *La natura della responsabilità per* '*culpa in contrahendo*' *secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 344 ss

ZACCARIA A., Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts *(la resistibile ascesa del contatto sociale)*, in *Riv. dir. civ*., I, 2013, p. 77 ss.

ZIMMERMANN R. - WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000.

ZIIMMARMANN R., *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni?*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2001, Milano, p. 69 ss.

ZIMMERMANN R., *Lineamenti di un diritto europeo dei contratti*, in *Studium iuris*, 1999, 233 ss.

ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ*., II, 2008, 510 ss.

ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991

ZWEIGERT - KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, II, Istituti*, Milano, 2011.