

I CONTRATTI PER L'IMPRESA FRA TIPI E CLAUSOLE GENERALI.

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. *I contratti per l'impresa.* – 2. *Tipi legali e autonomia privata dell'impresa.* – 3. *Clausole generali, principi e ricerca di norme inderogabili nella contrattazione d'impresa.* – 4. *Gli obblighi di informazione e la fase precontrattuale.* – 5. *Causa in concreto e contrarietà a norma penale.* – 6. *L'abuso della libertà contrattuale.* – 7. *L'interpretazione di buona fede.* – 8. *L'equità e la rinegoziazione.* – 9. *Conclusioni.*

1. I contratti per l'impresa.

Il tema affronta uno degli aspetti più delicati della teoria del contratto, oggetto di studi e sensibilità diverse nel ripensare, oggi come in passato, ruolo e funzione dell'atto di autonomia in un momento in cui la crescita economica e l'attività di impresa assumono centralità nel sistema.

I problemi sono evidenti. Il rapporto fra disciplina generale e speciale, la frantumazione del diritto dei privati e l'emergere dei diritti secondi, l'ammissibilità di una categoria di contratti commerciali. La funzione dei tipi e l'estensione analogica della loro disciplina.

Il mio discorso si soffermerà sul ruolo dei principi e delle clausole generali per verificare la loro utilità per l'impresa, messa in dubbio da molte analisi recenti. Una in particolare.¹

¹ Ciò che emerge dalla disciplina dei tipi legali nella produzione di beni e servizi è posta chiaramente in luce dai contributi contenuti in questo volume di C. FERRARI, *Appalto di servizi*; M. CARINCI, *Il contratto d'opera*; F. PADOVINI, *La locazione*; M. RABITTI, *Il leasing*; A. FONDRIESCHI, *L'appalto d'opera*; M. CAVALLARO, *Il Comodato*; M. MAUGERI, *La Subfornitura*. La disciplina del contratto di appalto, del rapporto (1667, 1668, 1671, 1673) e delle difformità (1667, 1668) lambisce l'area dei servizi con il limite della compatibilità (1667) mentre entrambe le tipologie sono potenziate dalla normativa

La riflessione sul "terzo contratto" nasce dalla previsione normativa di tutele specifiche per "l'impresa debole". Si vuole operare una "valutazione di compatibilità"² del contratto di diritto comune con la disciplina speciale e la formula è uti-

speciale, rivolta ad una serie di nuovi contratti per la prestazioni continuative e periodiche che trovano un inquadramento sistematico nei tipi, nella disciplina comunitaria e nei provvedimenti di attuazione. Anche la legge sulla subfornitura fa riferimento al ciclo produttivo del committente e alla conformazione delle direttive tecniche impartite alla controparte, con una prevalenza del *facere* sul *dare* che implica ancora l'appalto come tipo di riferimento. Ne risulta un arricchimento reciproco fra tipo legale e normativa di settore come accade nel contratto d'opera ove al codice si affianca una regolazione (anche recentissima) specifica delle professioni intellettuali. Infine la funzione di godimento è regolata dai tipi, da norme speciali e da un'attuazione giurisprudenziale che segue linee consolidate. Nel leasing l'analisi della specificità del canone e del valore residuo del bene orientano nella individuazione della funzione (traslativa o di uso) e nell'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. Nella normativa sull'affitto il tipo legale e la legge di settore assegnano stabilità nel tempo al rapporto potenziata dalla inderogabilità delle regole prevista dall'art. 79 della legge n.392 del 1978, ciò si unisce alla elasticità e duttilità dello schema legale particolarmente adatto alle esigenze dell'impresa.

² v. G. GITTI e G. VILLA, (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

lizzata per “configurare una fattispecie”, “individuare una disciplina” e un metodo capaci di allontanarsi da strumenti dogmatici inutilizzabili e da tentazioni neoesegetiche. Le prospettive e le analisi sono diverse ma si intravede una linea omogenea³.

Si intendono sottoporre a verifica alcuni modelli di configurazione e si pone in guardia da strumenti e metodi indesiderati. Si rifiuta ogni riferimento alla “giustizia contrattuale” che estenderebbe, alla contrattazione fra imprese, *ratio* ispirate alla tutela della persona e una critica severa si rivolge all’impiego delle clausole generali che affiderebbero al giudice la scelta dei valori e la loro gerarchia⁴.

Nell’indagare la fase di formazione si rifiuta la fuga nei principi generali e si “reputa ineludibile il recupero della fattispecie (da parte dell’interprete)” come condizione indispensabile per restituire al discorso del giurista il requisito minimo della ragionevolezza e della possibilità di comunicazione “intersoggettiva”⁵.

Nella determinazione del contenuto si diffida di un generico richiamo alla buona fede privilegiando l’analisi di fattispecie speciali (abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante) che “rendono il contratto adeguato ad obiettivi di sistema (concorrenza e regolazione del mercato) e ispirato ai fini della tutela dell’equilibrio sostanziale del rapporto e pertanto di giustizia contrattuale”⁶.

Per quanto concerne i rimedi si sottopongono ad analisi critica le combinazioni *nullità parziale- rideeterminazione e validità- risarcimento*. Si rivolge attenzione alla disciplina dell’abuso di dipendenza economica⁷ la cui estensione analogica è da molti esclusa o limitata⁸. Il ripensamento della esecuzione

del contratto e delle tecniche di gestione del rischio è affrontato con rigorosa consapevolezza⁹ ma le aperture verso una possibile rinegoziazione in caso di sopravvenienze sono molto caute¹⁰.

espongono la decisione a non trascurabili margini di errore” (p.135). D’altra parte si esamina se tale difficoltà e tale margine di errore siano presenti anche nelle soluzioni che passano attraverso il risarcimento o la ripetizione. Alcuno osserva di sì (v. F. MACARIO, *Sopraavvenienze e gestione del rischio nell’esecuzione del terzo contratto*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p.199) perché “si tratta di operare quantificazioni di beni e attività”. Altri (G. VILLA, cit., p.135-136) osserva che tale obiezione “presuppone che l’impatto di una valutazione erronea sia sostanzialmente analogo sia quando, cessato il rapporto, si richieda a posteriori un riequilibrio della relazione, sia quando tale valutazione sia destinata a vincolare le parti per il futuro, reiterando così i suoi effetti negativi per l’avvenire” (*Ibidem*, p.136). La conclusione è che un intervento di riequilibrio sul rapporto può più facilmente ammettersi “quando si tratti di un rapporto di lunga durata e quindi esposto a sopravvenienze poco prevedibili”(contratto incompleto). Dubbio è invece un tale rimedio “quando il contratto è completo, la prestazione è determinata ma la pattuizione non resiste a causa dell’abuso”. (*Ibidem*).

⁹ F. MACARIO, *Sopraavvenienze e gestione del rischio nell’esecuzione del terzo contratto*, cit., p. 181-216, osserva che la dinamica delle sopravvenienze consente di fissare il punto di partenza “per ripensare l’intero apparato dei rimedi contro l’asimmetria di potere non governabile (interamente) con le regole di validità poste dal legislatore e serve altresì per una verifica della razionalità delle regole contro l’abuso visto che è proprio nella fase di esecuzione che si avvertono le conseguenze di tale pratica”, *ibidem*, p. 201 e ss.

¹⁰ Si tende così a isolare quella che viene definita (da V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p.1044) una sorta di “macro *ratio* rispondente all’esigenza dell’ordinamento di adeguare/modificare il regolamento contrattuale al fine di consentire che si producano gli effetti dell’atto di autonomia” originariamente programmati. Si isolano così alcuni gruppi di norme (1474, 1657, 1560–1661, 1664) per ricavare l’esistenza di “un principio di adeguamento operante nella disciplina dei contratti”, raffigurabile con le tendenze sulla proporzionalità, la ragionevolezza, la buona fede (F. MACARIO, *Sopraavvenienze e gestione del rischio*, cit., pp. 201-202) Da qui la ricostruzione di “un obbligo di ricostruzione di fonte legale” non in contrasto con l’art. 1467 e sorretto dalla buona fede (1366, 1375) e dall’equità (1374). Essenziali sono al riguardo le osservazioni premonitrici di Sacco sulle sopravvenienze atipiche (*Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, II, p. 722) che aprono la via ad “una ricerca volta ad individuare il sistema dei rimedi correttivi e manutentivi del contratto non potendosi l’ordinamento affidare soltanto alla prescrizione della nullità delle pattuizioni con le quali si consuma *ex ante* l’abuso di un contraente nei confronti dell’altro.., ma di qui anche la difficoltà di individuare i

³ G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema.*, in G. Gitti e G. Villa, (a cura di) *Il terzo contratto*, op. cit., p. 9 ss.

⁴ *Ibidem*, p.29.

⁵ G. D’AMICO, *La formazione del contratto*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 82.

⁶ G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 110.

⁷ G. VILLA, *Invalit  e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 134.

⁸ *Ibidem*, p. 135 ss. Per imporre una rideeterminazione al soggetto che ha commesso l’abuso si pu  far leva sulle regole che disciplinano il concreto tipo contrattuale che lega l’imprenditore abusato con quello dominante...sicch  “venuta meno la determinazione convenzionale del prezzo il contratto sarebbe privo di oggetto determinato e vi si potrebbe ovviare ricorrendo alle determinazioni giudiziali” (1474, 1561, 1657). “Oppure...eliminata la pattuizione potrebbe essere chiamata ad intervenire un’integrazione del contratto operante attraverso l’equit  integrativa prevista dall’art. 1374 c.c.”. Si osserva che in entrambi i casi “le soluzioni affidano al giudice un margine di discrezionalità significativo e che



criteri (generali) per l'esercizio della discrezionalità del giudice" (F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio*, cit., p. 212). Decisive sono ancora le prospettive dei Principi (Unidroit, Lando, CFR) e le prospettive di comparazione con il recente codice olandese (art. 258 BW), la giurisprudenza francese sul recesso dovuto a sopravvenuti squilibri che "avrebbero imposto al recedente di offrire alla controparte la rinegoziazione del contratto" (*Ibidem*, p. 216) e l'analisi economica in particolare sui contratti relazionali.

V. anche M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p.137 ss. Anche chi si sofferma sul controllo giudiziario del terzo contratto rifiuta sia il valore logico immutabile alle categorie dogmatiche del codice civile (che comporta di abdicare al compito di verifica e costruzione del sistema) sia il paradigma assiologico che ricostruisce in base alla proporzionalità o la giustizia o la debolezza del contraente (che non chiarisce adeguatamente termini e criteri). Entrambe le prospettive scontano, secondo tali autori, il costo grave di non "offrire criteri di lettura e verifica delle scelte del giudice" e di "determinare una incapacità comunicativa con il sistema di diritto europeo" (A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto fra imprese*, ivi, p. 234 ss.). Egualmente criticato è il fondamento della categoria del contratto con asimmetria del potere contrattuale perché il problema della parità e della repressione dell'abuso "non rispondono a finalità coerenti e suscettibili di essere tra loro elevate a categoria dogmatica unificante" (*Ibidem*, p. 236). La proposta è diversa. Sia la dominazione relativa che l'iniustizia dei termini gravosi di pagamento traggono origine da un dato esterno al singolo contratto che "implica per il giudice la necessità di accertare...il complesso dei rapporti delle parti, l'attività, il mercato di riferimento che sfuggono del tutto ai termini della fattispecie produttiva di effetti" (*Ibidem*, p. 244). Da qui la convinzione che il controllo della discrezionalità del giudice e dell'uso delle clausole generali impone "un'analisi in ordine all'effettivo assetto del mercato in cui opera l'impresa e all'impossibilità di trovare alternative, che deve trovare riscontro nella motivazione" (*Ibidem*, p. 247).

Non mancano anche osservazioni critiche a queste ricostruzioni, v. P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, p. 275; F. CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, p. 302; E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., p. 329 ss. (la quale critica il totale richiamo dei tipi), tutti in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit.. L'esempio più significativo è quello del rimedio di tipo correttivo che spesso è più vantaggioso di quello invalidante per l'imprenditore. "L'approccio che emerge nell'ottica del terzo contratto sembra rifiutare" sia l'uso delle clausole generali sia il ricorso all'analogia dell'art. 7 della legge sui ritardi di pagamento sul presupposto della eccezionalità di tale norma. L'alternativa è il ricorso alla normativa dei tipi (1474, 1561, 1657) o direttamente

Insomma la visione privilegia *per l'impresa* una serie di regole provenienti dal legislatore sì da legittimare ampiamente l'analogia e il metodo tipologico.

Si tratta di stabilire se tale aspirazione rappresenti una alternativa efficace all'uso di clausole generali a cui si imputano gravi criticità.

2. Tipi legali e autonomia privata dell'impresa.

Come ho accennato più volte¹¹ credo che una prospettiva rigidamente strutturale sia insufficiente tanto per regolare adeguatamente fenomeni nuovi, come i contratti alieni, quanto per cogliere la peculiarità e la rilevanza di un'autonomia privata dell'impresa. Provo a spiegare il perché.

I primi, come ci è stato insegnato, sono redatti sulla base di un modello di *common law* e pensati per realizzare l'unità del diritto nella diversità dei mercati, ma sono soggetti, per volontà delle parti o altre circostanze, al diritto italiano. Le conclusioni di Giorgio de Nova sono chiare: nessuna rilevanza ha per essi il diritto dispositivo perché il testo tende ad essere completo e rifiuta ogni integrazione, mentre sono essenziali le norme imperative di principio, le norme di risultato, le regole di interpretazione e di condotta secondo buona fede¹².

Ebbene in un contesto normativo ove le disposizioni inderogabili sono molto scarse questa esemplificazione mi sembra la conferma di un dato¹³.

all'integrazione *ex art. 1374*" (E. NAVARRETTA, *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., p. 325 e ss.). Secondo questa visione critica è invece più convincente un percorso che coordini "la clausola generale di buona fede oggettiva con un principio correttivo ricavato implicitamente tramite indici interpretativi sia interni al contratto B2 sia dedotti da altri contratti asimmetrici". Ciò nella prospettiva dell'analogia *iuris* "come supporto ad un principio implicito di intervento correttivo rispetto al contratto iniquo". Ciò esclude la sua eccezionalità ed è un "indizio ermeneutico...per la costruzione di un rimedio correttivo che, in assenza di una specifica previsione di legge sulla rilevanza d'ufficio, rileva solo come strumento di tutela di una parte".

¹¹ G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p.86 ss.; Id., *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le Corti*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 237 ss.

¹² G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 345 ss. ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, Cedam, 2011, p. 177 ss.,181 ss.

¹³ Richiamo qui le osservazioni già svolte in G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e*

Il positivismo, con l'ossessione della conformità ad una o più regole, non è il metodo più adatto per realtà giuridiche complesse. Uno sguardo al passato fornisce una precisa conferma.

Sino alla fine degli anni sessanta l'incontro fra il positivismo dei giuristi e il neopositivismo logico dei filosofi aveva prodotto una conseguenza chiara. La ricerca si affidò all'analisi del linguaggio e alla costruzione di concetti con un metodo simile alle scienze esatte. La norma era osservata come un oggetto di natura e il diritto finì per esaurirsi in una visione strutturale di un insieme di regole capaci di fissare, in modo rigido, i fatti e il loro esercizio. Ciò era possibile in presenza di un rapporto univoco e diretto fra il potere politico statale e la società civile. Un simile rapporto non esiste più da tempo e la pluralità delle fonti è divenuta una realtà oggettiva. Già sul finire degli anni settanta è mutato lo scenario e la prospettiva di analisi. Si è avvertito che una visione esclusivamente strutturale di un oggetto e di un diritto finisce per occultare la dimensione funzionale che lo distingue meglio e con più chiarezza dagli altri. Centrale è divenuta l'attenzione ai comportamenti, al procedimento, alla causa concreta, alla rilevanza di interessi che esigono risposte inedite.

D'altra parte la disciplina dell'autonomia privata dell'impresa è frantumata in una pluralità di fonti e di regole. Ne indico alcune.

Una raccomandazione della Commissione europea (del 6 maggio 2003) definisce le PMI e le microimprese sollecitando gli Stati membri ad uniformarsi a tali criteri "per riservare alle imprese che ne hanno veramente bisogno i vantaggi derivanti da varie regolamentazioni o misure a loro favore".

L'art. 7 del d.l. 1/2012 estende alle microimprese la disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Con essa si regola, con analitica precisione, l'attività di influenza sui processi decisionali di soggetti economici e si impone un dovere generale di attenzione verso la "vulnerabilità decisionale" o meglio la autodeterminazione delle persone, come diritto che assume contorni sempre più precisi. Ciò si affianca al dovere di concorrenza leale fra imprese e in qualche modo ne prescinde imponendo ai professionisti, in tutti gli Stati membri, nuovi doveri e riconoscendo corrispondenti diritti, che giustificano idonei rimedi.

L'art. 5 dello stesso decreto introduce una tutela amministrativa contro le clausole vessatorie, d'ufficio o su istanza dei consumatori¹⁴.

codici di settore, ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 150 ss., 163 ss.

¹⁴ Sul rapporto fra clausole abusive e pratiche commerciali scorrette v. S. ORLANDO, *The Use of Unfair Con-*

L'art. 62 nelle relazioni commerciali tra operatori economici che hanno ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e alimentari vieta, tra l'altro, ogni condotta commerciale sleale e prevede il rispetto, pena la nullità rilevabile d'ufficio, "dei principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti".

La Direttiva sulla lotta ai ritardi di pagamento proibisce l'abuso della libertà contrattuale e (cons. 28) afferma che "qualsiasi clausola contrattuale o prassi che si discosti gravemente dalle consuete prassi commerciali e sia in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza deve essere considerata iniqua per il creditore" con conseguenze inibitorie e risarcitorie.

Nella Comunicazione della Commissione europea e nella Proposta di Regolamento europeo sul contratto di vendita¹⁵ si intende realizzare nell'Unione un *corpus* unico di leggi, uniformi e opzionale per le Piccole e Medie Imprese e i consumatori per gli scambi transfrontalieri, recependo l'elaborazione dei vari gruppi di studio che si sono succeduti nel tempo. Un insieme di norme "con un elevato grado di protezione" per i destinatari in ordine ai diritti e obblighi per le parti, ai rimedi per l'inadempimento e agli obblighi di informazione.

Insomma i tipi contrattuali previsti dal codice civile (per lo più formati da norme dispositive eluse dalle parti) e le norme inderogabili (poche e modificate dalla legge)¹⁶ sono sempre più insufficienti, nella valutazione della stessa normativa speciale, per la disciplina di nuovi e vecchi contratti. D'altra parte la categoria del terzo contratto e la peculiarità di una categoria dei contratti d'impresa¹⁷, non offrono un'astrazione utile a risolvere i conflitti, stante la frantumazione normativa dei rimedi voluta e perseguita dal legislatore interno e comunitario.

Da qui l'intento di precisare il ruolo delle clausole generali, dei principi e dei rimedi attraverso cui rendere visibili criteri di responsabilità per i

tractual Terms as an Unfair Commercial Practice, in *ERCL*, 2011, p. 25 ss.

¹⁵ C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta del Regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 4, p. 837 ss.; M. MELI, *Proposta di regolamento sul diritto comune europeo della vendita*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2012, 1, p. 183 ss.

¹⁶ V. sul punto, G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, op. cit., e G. VETTORI (a cura di), *Remedies in Contract. The common Rules for a European Law*, Padova, 2008.

¹⁷ V. da ultimo G. DE NOVA, voce *Contratti di impresa*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, p. 243 ss.



contegni e limiti inderogabili al contenuto del contratto presenti in un sistema multi-livello.

3. Clausole generali, principi e ricerca di norme inderogabili nella contrattazione d'impresa.

La critica ad esse accomuna, a ben vedere, metodi e riflessioni diverse: la proporzionalità, sostenuta da pochissimi, l'uso delle clausole generali e dei principi che è fondata su dati positivi, la giustizia contrattuale che va affrancata dalle banalizzazioni che ne sono state fatte.

Cominciamo da questa ultima parola che non sottende né un elemento alternativo alla causa, né una clausola generale basata su istanze morali.

La teoria della giustizia utilizzata in alcune analisi del contratto evoca e sollecita solo un problema di ripensamento e di adeguamento. Tale accezione indica solo l'esigenza che nel diritto dei privati si debba riflettere e fissare, con ragionevole precisione, le regole e i rimedi adeguati ai tempi e alle materie trattate, coniugando eguaglianza e singolarità¹⁸. Ciò con l'uso di strumenti tratti dal diritto positivo¹⁹ dall'analogia *legis* e *iuris*, ai principi, e alle clausole generali previste nel codice civile. Indico solo qualche esempio.

Al di là delle formule sull'asimmetria e la debolezza dei contraenti non è dubbio che le relazioni fra privati sono ispirate al canone della parità in base a due fondamentali norme costituzionali. L'art. 24 che dispone la parità tra le situazioni giuridiche sostanziali di diritto e interesse e l'art. 111 che disciplina la terzietà del giudice, la sua imparzialità e ancora la parità delle parti.

La disparità può essere rilevante solo in presenza del dettato di una norma, dell'uso di una clausola generale o del richiamo positivo del fatto. In tutti questi casi, come si chiarisce in modo limpido in un

bel libro²⁰, la rilevanza della disparità non si ha nel momento della identificazione della situazione soggettiva, ma nel momento dell'accertamento giudiziale della disuguaglianza²¹.

Ciò significa che la specificità non va ricercata solo sul piano della differenziazione sostanziale del potere o del diritto ma anche sul piano delle dinamiche dell'«iniziativa processuale e dell'onere della prova» e ne segue una conclusione di grande interesse²².

Nel ricostruire la fattispecie asimmetrica non è utile e opportuno il parametro della congruità delle prestazioni. È spesso poco significativa, al di fuori di ipotesi tipizzate, la misura del potere. Mentre deve essere potenziata la rilevanza delle circostanze soggettive e il piano delle azioni e delle tutele ipotizzabili²³.

Tutto questo esige di tener conto non solo del codice civile, ma della complessità delle fonti a partire dall'art. 117 della Costituzione e dall'ordinamento comunitario che innova sostanzialmente i criteri interpretativi influenzando sulla stessa attuazione giurisprudenziale dei modelli rimediali della nullità-rideterminazione e della validità-risarcimento. Vediamo come.

4. Gli obblighi di informazione e la fase precontrattuale.

L'utilizzo della responsabilità precontrattuale da parte della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione valorizza in modo del tutto convincente il secondo modello e rafforza l'idea che la buona fede sia una regola di valutazione dei contegni e solo indirettamente di correzione dell'atto.

Le sentenze del 2005 e del 2007 della Corte di Cassazione hanno esteso l'obbligo di informazione e di buona fede oltre la fase pre-contrattuale e al di là della conclusione di un contratto invalido, come indica invece l'art. 1338 del codice civile. La conclusione di un contratto valido ma sconveniente per la presenza di un contegno in mala fede dell'altra parte implica responsabilità e risarcimento dei danni.

¹⁸ J. NANCY, *Il giusto e l'ingiusto*, Feltrinelli, Milano, 2007, p.28 "Essere giusto è pensare che la giustizia è ancora da compiere che essa può esigere ancora di più e andare oltre" (p. 28). "Ogni persona (oppure ogni gruppo di persone) convinta di sapere cosa è giusto e cosa è ingiusto, convinta di fare la giustizia, di non dovere compiere lo sforzo di diventare più giusta, ogni persona di questo tipo è pericolosa. L'inizio della giustizia...consiste nel sapere che non si è mai sufficientemente giusti" (p.58). "La giustizia si fa sempre in funzione degli altri" (p.59).

¹⁹ G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.

²⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 116.

²¹ *Ibidem*, p. 117-118

²² *Ibidem*, p. 121-122,.

²³ È questa la conclusione che emerge anche dal sistema inglese su cui si veda il bel saggio di M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le Doctrines della Undue Influence e della Unconscionability*, Padova, 2005, in part. p. 32.

Con ciò i giudici di legittimità hanno preso chiara percezione dell'autonomo rilievo del comportamento anche in presenza della fattispecie legale o negoziale, come la dottrina aveva indicato da tempo. La fattispecie dunque non azzerava il comportamento. La dichiarazione negoziale che contrasta con elementi noti o conoscibili all'altra parte non esonera da responsabilità. E' evidente l'importanza di un tale indirizzo.

Il comportamento indirizza l'analisi e la valutazione su una circostanza concreta e non astratta. Non implica il richiamo di una qualità astratta come quella di consumatore, investitore cliente o professionista, ma impone di esaminare il singolo rapporto e la posizione concreta del contraente.

D'altra parte l'obbligo di informazione reso effettivo dalla regola di buona fede arricchisce i rimedi e incontra la fattispecie e la sua regolazione. Ciò perché il dovere di raccogliere un consenso informato rende autonomo e visibile un diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati²⁴.

Le conseguenze di tale sviluppo teorico sono chiaramente tracciate e resistono alle critiche recenti di una parte dei Giudici e della dottrina²⁵.

Gli argomenti utilizzati dai critici sono i seguenti: a) la concretizzazione della clausola di buona fede deve rimanere coerente con il sistema normativo, sicché non può essere rilevante sul piano del rapporto che precede la conclusione dell'affare una circostanza che sia irrilevante sul piano del contenuto negoziale e dell'adempimento; b) il criterio della responsabilità deve essere commisurato sempre alla fattispecie negoziale perché "la struttura di essa rappresenta pur sempre il limite" delle possibilità funzionali del rapporto²⁶.

Tale impostazione rigidamente formalista ha due difetti. Da un lato esaurisce la valutazione giuridica alla sola conformità ad una struttura, contro le acquisizioni della dottrina maturate dagli anni Settanta in poi.²⁷ Dall'altro vanifica il valore autonomo della

clausola generale che dovrebbe essere operativa entro i confini già dettati dalle norme esistenti. Il che è smentito sin dagli anni Sessanta dalla prevalente giurisprudenza di legittimità²⁸.

La replica migliore può essere affidata ad una recente pronuncia che intende dare continuità al ruolo e alla funzione della responsabilità precontrattuale in ordine ai doveri di informazione²⁹. In essa si precisa che l'obbligo risarcitorio per violazione della buona fede a prescindere dalla conclusione e validità stessa del contratto fa parte oramai del diritto vivente in coerenza anche con "i principi attestati in ambito europeo" (art. 2.301 comma 2 dei *Principles of European Contract Law*)³⁰.

5. Causa in concreto e contrarietà a norma penale.

Sempre più spesso la condotta posta in essere dal soggetto è potenzialmente idonea a ledere interessi protetti da diverse norme giuridiche e il giudice deve valutare illeciti pluri-offensivi. Il fatto insomma deve essere confrontato con diverse fattispecie astratte che valutano aspetti diversi³¹.

Si può integrare allo stesso tempo una responsabilità contrattuale o extracontrattuale e più spesso norme speciali si possono occupare dello stesso fatto.

In questo sistema multilivello vi è un campo di analisi privilegiato per la individuazione di norme imperative.

Basta pensare agli illeciti societari. Le false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.) e l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità Indipendenti espongono i responsabili ad una sanzione penale, civile e amministrativa della società (ai sensi del Decreto legislativo n. 231 del 2001). Le manipolazioni del mercato sanzionate dalla Direttiva sul *market abuse* e dalla normativa sul t.u.f. e il t.u.b. sono soggette al controllo del giudice penale, civile e della Consob. D'altra parte il reato di corruzione rileva come illecito penale, erariale, amministrativo,

²⁴ Cass., 29 settembre 2005, n.19024; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 entrambe in *Foro it.* 2006, I, 1105 ed *ivi* 2008, I, 784.

²⁵ Così E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nota a Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795 in *Foro it.*, 2009, I, 440, ma v. già G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 245; ID., *Buona fede "in contrahendo"*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss.

²⁶ Così E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit.

²⁷ v. da ultimo G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Il contratto in generale*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2007.

²⁸ v. solo per i riferimenti giurisprudenziali citati G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, p. 104; ID., *Centralità del giudice e filtro in Cassazione*, *ivi*, 2010, p. 486 ss; ID., *L'abuso del diritto*, *ivi*, p. 166.

²⁹ Cass. 11 giugno 2010, n. 14056 (estensore Rordorf), in *Foro it.*, 2010

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Traggo queste osservazioni dal volume di M. Rabitti, *Contratto illecito e norma penale (Contributo allo studio della nullità)*, Milano, 2000, p. 27.



tributario e civile in presenza di un contratto illecito.

Il contesto giuridico che risulta da questo intreccio di regole e principi è stato affrontato di recente dalla giurisprudenza teorica e pratica.

Anzitutto le Sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto la efficacia vincolante del giudicato penale nel giudizio civile o amministrativo per le sole sentenze di assoluzione, mentre nelle ipotesi di proscioglimento per prescrizione o amnistia ha statuito che il giudice civile “tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente e autonomamente rivalutare il fatto in contestazione (se del caso procedendo ad un diverso riparto della percentuale di responsabilità tra i coautori dell’illecito rispetto a quella stabilita dal giudice penale)”.³²

D’altra parte si tratta di precisare se può essere dichiarata la nullità quanto il contenuto contrattuale sia contrario alla norma penale anche se non è integrato il requisito psicologico della colpa e del dolo.³³

Un indizio positivo in tal senso si può trarre di recente, ai fini del risarcimento del danno, nelle famose sentenze sul danno non patrimoniale³⁴. La Corte Costituzionale ha precisato che “il riferimento al reato contenuto nell’art. 185 c.p. non postula più la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato, ma solo di una fattispecie corrispondente, nella sua oggettività, all’astratta previsione di una figura di reato”.

Da ciò emerge conclusione importante³⁵. Il giudice civile non è tenuto a valutare l’elemento psicologico (dolo, colpa), come il giudice penale, perché ciò che rileva ai suoi fini non è il perfezionamento del reato ma la sussistenza del fatto di reato, intendendosi per tale l’elemento materiale costituito dalla condotta, dall’evento e dal nesso causale. Sotto questo ultimo profilo i chiarimenti più recenti sono assai significativi.

³² Cass., 26 gennaio 2011, n.1768.

³³ M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit. Come si è osservato la giurisprudenza penale pur escludendo l’elemento soggettivo ha ravvisato la presenza degli elementi oggettivi del reato di peculato nel caso in cui fossero pagate somme di denaro pubblico in mancanza di un espresso obbligo dell’Ente e diritto del beneficiario. E in conseguenza a ciò il giudice civile ha dichiarato la nullità di una compravendita per contrasto con la norma penale ritenendo illecita la causa di scambio in un ipotesi in cui l’immobile doveva essere acquisito all’Ente in virtù di una previsione contrattuale che escludeva il corrispettivo per l’acquisizione dei beni a titolo indennitario.

³⁴ Cass., 19 novembre 2007, n. 23918; Cass., 26 giugno 2008 n. 16810; Cass., 3 marzo 2009, n. 5057.

³⁵ M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit.

La distinzione fra causalità materiale e giuridica precisata dalla Cassazione a sezioni unite è confermata e chiarita³⁶. Per accertare l’illiceità del fatto valgono le norme sulla causalità previste dagli articoli 40 e 41 del codice penale e diversa sarà la loro prova nel giudizio penale, ove si dovrà accertare la causalità oltre ogni ragionevole dubbio, e nel giudizio civile ove sarà sufficiente la prova del più probabile che non. Una volta riferito il fatto al suo autore o ai suoi autori si dovrà accertare, in sede civile, la risarcibilità del danno ai sensi di una causalità giuridica espressa dall’art. 2223 c.c.. E tale giudizio potrà portare ad attribuire a ciascuno dei responsabili un danno diverso anche a seconda del diverso grado di intensità causale della condotta.³⁷

Una valutazione analoga può essere possibile confrontando l’elemento materiale del reato e il contenuto del contratto ai sensi dell’art. 1418 c.c. alla ricerca di limiti inderogabili alla autonomia negoziale dei privati.

6. L’abuso della libertà contrattuale.

a) Abuso e controlli sull’autonomia privata. Uno sguardo al passato.

L’abuso contraddice la dogmatica del diritto soggettivo ed è anche uno strumento di controllo della libertà e del potere dei privati. Il che evoca una prima indicazione sulla sua configurazione teorica. Si tratta di un principio interno e comunitario che racchiude giudizi, criteri, regole diverse fra loro sicché, per un uso corretto della figura, occorre diffidare dell’astrazione, procedere ad un’analisi differenziata³⁸ ed esaminare come si arrivi al suo pieno riconoscimento giurisprudenziale.

Cominciando da questo ultimo aspetto.

Si è già detto che per lungo tempo il sistema positivo è stato analizzato come un’insieme di regole capaci di fissare, in modo rigido, i poteri e il loro esercizio³⁹. Si capisce come in questa fase del pensiero giuridico l’abuso era considerato un concetto ambiguo e contraddittorio. L’esistenza di un diritto implicava di prestabilire gli effetti di una condotta. Titolarità ed esercizio erano complementari: se la condotta era conforme al diritto si producevano gli

³⁶ Cass., 11 gennaio 2008, n. 581.

³⁷ V. da ultimo, Cass., 21 luglio, 2011, n.15991, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 1672 ss.

³⁸ V. sul punto G. VETTORI, *L’abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obb. Cont.*, 2010, p. 166 ss. ma vedi per una diversa posizione F. ADDIS, *Sull’excursus giurisprudenziale del “caso Renault”*, in *Obb. Contr.*, 4, 2012, p. 245 ss.

³⁹ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.

effetti, se la condotta era difforme non si producevano gli effetti⁴⁰. Sfumava così il problema dell'abuso. L'esercizio corretto dei diritti non era abuso, l'esercizio scorretto era illecito.

La figura insomma non trovava una giustificazione nei dogmi. Il rimedio sfuggiva alla logica e al modo di pensare del tempo e una critica decisiva a questo sistema di pensiero, non poteva che essere opera della filosofia che non ha tardato infatti ad intervenire.

Il positivismo si basava su di un fondamento chiaro, l'idea che in ogni sistema ci fosse un criterio comune riconosciuto per determinare quali *standards* valgono come diritto e quali no⁴¹. Identificata la regola giuridica, secondo questo criterio, si trattava di seguire il metodo della conformità, ma è stato dimostrato che un *test* per accertare con sicurezza ciò che è giuridico, non esiste in sistemi complessi, che dunque non si può tracciare una distinzione definitiva tra criteri giuridici e criteri *latu senso* morali⁴².

Ne sono prove le Costituzioni del novecento, che contengono regole e principi con pari giuridicità e capacità di essere fonte di diritti e di doveri⁴³. Dall'intreccio di principi che emergono dall'ordinamento nascono diritti e obblighi e tale conclusione la si legge sempre più spesso nelle sentenze.

Ciò apre una serie di interrogativi delicati ma indica una direzione precisa: il positivismo che esige conformità a regole date, non riesce a convincere, perché si ferma prima dei casi difficili e delle scelte tragiche senza dare risposte. Solo ricorrendo ai

⁴⁰ M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto* in *Obb.Contr.*, 2010, p. 172 ss.; ma vedi il classico studio di P. RESCIGNO, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 e di recente C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso di diritto*, Milano, 2007; S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso di diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

⁴¹ V. ancora N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; ID., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, 1992; ID., *Profilo ideologico del '900*, Milano, 1990.

⁴² Essenziali al riguardo gli studi di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, nuova ed. it., Bologna, 2010, ed ivi, *Il modello delle regole*, p. 37 ss.; ID., *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, ed ivi *Trenta anni dopo*, p. 204 ss., ma sono fondamentali in Italia gli studi di un grande giurista di civil law come L. MENGONI di cui si veda almeno *Diritti e valori*, Bologna, 1985; *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, p. 636 ss; *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

⁴³ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2001, p. 10; *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit, p.120 ss.; *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, ivi, p.141 ss.

principi si possono trovare le risposte efficienti in una società evoluta e complessa.

Sul finire degli anni Settanta⁴⁴, come si è detto, muta lo scenario⁴⁵. L'analisi strutturale, smarrita di fronte alla difficoltà di qualificare l'abuso, non convince più e la figura comincia ad emergere sempre con più forza.

b) La centralità del giudice e la natura pratica del diritto.

Centrale è la consapevolezza che le norme costituzionali sono direttamente applicabili anche se prive di una fattispecie ed emerge con chiarezza che il potere del giudice non è un'anomalia se fonda la sua decisione su un principio⁴⁶, ma riflette anzi la profonda trasformazione della forma democratica dovuta all'affermarsi dei valori costituzionali⁴⁷.

Il modello della rivoluzione francese era chiaro: la legge era lo strumento primario per assicurare l'eguaglianza contro il privilegio. Dunque occorreva consegnare i principi alla politica, riferire la legge al Parlamento e confinare l'interprete sullo sfondo. Questo modello ha inciso sui Codici e Statuti ottocenteschi che delimitavano l'organizzazione dello Stato senza affermare e garantire i diritti. Le Costituzioni del novecento hanno prodotto una forte discontinuità nel valorizzare diritti e principi affidati alla tutela diretta della giurisprudenza la cui funzione è stata intesa in modi molto diversi. Alcuni hanno posto l'accento su di una rivincita del popolo sovrano e su un riequilibrio tra poteri, ma la soluzione più convincente non è questa. Non si tratta di prevalenza ma dell'affermazione della natura pratica del diritto⁴⁸.

⁴⁴ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., con prefazione di G. Losano.

⁴⁵ su questa vicenda mi permetto di richiamare G.VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 2 ss. ed i riferimenti bibliografici ivi contenuti

⁴⁶ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

⁴⁷ M. FIORAVANTI, *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 3 ss. ma v. le belle pagine di P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, p. 382. sulla mentalità della prassi e riflessione canoniche: "E' una mentalità empirica che privilegia il particolare di un atto, le circostanze umane in primo luogo...quella giustizia che si riesce a raggiungere dopo aver soppesato minuziosamente tutte le circostanze, sempre tenendo conto di quel soggetto singolo carico di fragilità umane e quindi meritevole di misericordia in forza della sua debolezza". Da ciò il parallelo con



La verità è che ci sono dei casi dove solo un principio attuato dall'interprete in relazione alle circostanze del fatto⁴⁹, può dare la risposta più efficiente; il che non esclude affatto la funzione insostituibile del legislatore, ma implica solo di riconoscere che si ha diritto anche quando il giudice procede ed interpreta sulla base di un principio.

Questa trasformazione culturale è un dato di fatto e una realtà positiva se si afferma e si consolida un dialogo fra le Corti e la Scienza giuridica capaci assieme di costruire orientamenti, decisioni sicure, prevedibili, efficienti e ragionevoli. Su questi elementi si è costruita la millenaria storia e tradizione della *Common Law* ispirata ad una teoria della prassi capace di isolare ciò che non è durevole, e di stabilizzare ciò che deve orientare e divenire un precedente.

c) L'abuso in Europa e nella Carta dei diritti

Molte norme trattano dell'abuso in modo diverso in Italia e in Europa. Il nostro codice non ne parla. Il codice tedesco ne fa una menzione espressa e l'utilizza poi nella applicazione della clausola di buona fede. Molti ordinamenti recenti (dalla Grecia, al Portogallo, all'Olanda) introducono la figura, e dove non è inserita nella legislazione, l'abuso è affidato alla costruzione giurisprudenziale come in Francia ed in Italia.

Una delle definizioni più significative di abuso sta nel trattato di Lisbona e nella Carta dei diritti che, grazie a quel Trattato, ha avuto piena efficacia ed effettività negli ordinamenti che appartengono all'Unione Europea. Nell'articolo 54 si dice che nessuno può esercitare un diritto o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciute e nessuno può imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla Carta.

Emergono da questa definizione una serie di indicazioni forti. L'abuso offre quelle valutazioni che completano la conformazione della situazione sog-

gettiva con un giudizio di liceità del comportamento o del risultato; è un criterio di valutazione che racchiude giudizi, criteri e regole diverse fra loro.

Valuta comportamenti, controlla intenti e risultati, reprime approfittamenti o lesioni.

È un principio che si trae dall'ordinamento interno e comunitario che richiede, per essere operativo, la precisazione di una regola. *Il principio, insomma, deve essere trasformato in una regola tratta dall'ordine positivo individuando il rimedio per le conseguenze diverse a seconda della concreta rilevanza dell'abuso.*

Alcuni esempi confermano questo modo di procedere.

In materia tributaria la Corte di Cassazione parte dai principi di capacità contributiva (art. 53 comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53, comma 2) per affermare l'esistenza di un principio antielusivo che vieta al contribuente di trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto di alcune fattispecie.

La regola si trova nel dialogo con la Corte di Giustizia Europea. Attraverso il rinvio pregiudiziale, si chiede quando il contegno può dirsi abusivo e la risposta della Corte è chiara *quando il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale dell'operazione o delle operazioni controverse*. Altrettanto chiaro è il rimedio individuato: l'inopponibilità all'amministrazione dell'atto elusivo.

La sequenza è limpida: dal principio alla regola, al rimedio.

Più delicato è il controllo dell'autonomia contrattuale.

Non c'è dubbio che in Europa ed in Italia è emerso sempre più il rilievo di una asimmetria di potere tra le parti con un limite preciso, ma l'abuso di una posizione di forza o di debolezza di una parte, non è sufficiente alla eliminazione dell'atto. Un tale esito non si trova nella legge e neppure nei testi di principi (Principi Lando, CFR) perché all'abuso e alla debolezza deve aggiungersi qualcosa in più, l'incapacità, l'inesperienza, uno stato soggettivo rilevante.

Dunque, il principio va costruito trovando la regola nella precisazione dei mezzi di tutela invalidanti. Il nostro sistema è in piena evoluzione. Il principio di autodeterminazione del soggetto sta trovando uno spazio nella giurisprudenza ordinaria e costituzionale. Il procedimento analogico all'interno della disciplina di settore (contratti tra consumatori, contratti tra imprese) è ipotizzabile, ma in tutti questi casi la regola va costruita con estremo rigore.

Diverso è il profilo della responsabilità. Se il potere o se il comportamento scorretto incide su un

l'ordinamento civile. "Noi giuristi laici siamo oggi malati di formalismo. Certo abbiamo bisogno di categorie formali perché il sapere giuridico è scienza ordinante, ma non ci rendiamo sempre conto che talvolta queste tendono a separarci da una realtà che è mobilissima. La legge, la logica, il sistema, l'insieme delle forme talvolta tendono a distaccarsene. E allora si verifica tragicamente il declino del diritto, perché abbiamo una cortecchia separata dalla sua sottostante linfa sociale economica culturale. Questo rischio il diritto canonico non lo può correre, perché sarebbe il totale discredito...dell'ordinamento della Chiesa: un ordinamento giuridico ridotto a una vera mostruosità storica. In questo caso l'accusa luterana avrebbe veramente un grosso senso".

⁴⁹ P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, p. 38 ss.

comportamento, il giudizio sarà molto più semplice perché l'utilizzo della buona e mala fede e della clausola generale, nel nostro ordinamento, da parte della Cassazione è molto diffuso.

D'altra parte l'abuso e la buona fede sono largamente nozioni coincidenti. Il primo può ipotizzarsi al di là di un atto di autonomia privata, la seconda si riferisce ai conegni che accompagnano il contratto, ma in questo ambito unitario, la valutazione non è diversa. Come la giurisprudenza ci mostra con sempre maggiore frequenza, utilizzando il principio di solidarietà, la repressione di comportamenti arbitrari o elusivi nell'esercizio di un diritto, la tutela di un ragionevole affidamento o la repressione di comportamenti lesivi del divieto del *venire contra factum proprium*".

Le conseguenze anche qui sono chiare. Risarcimento o inesigibilità della clausola che sia contraria alla buona fede.

Insomma la centralità della *iurisdictio* e la scoperta dell'abuso non è affatto una anomalia, ma un sintomo di una trasformazione culturale di cui occorre acquisire piena consapevolezza. Senza timori.

7. L'interpretazione di buona fede.

Le opinioni più risalenti spiegano la norma (1366 c.c.) con l'esigenza che l'interpretazione si svolga in modo conforme alle "intenzioni delle parti e allo scopo che esse si sono proposte contrattando"⁵⁰. Ma si è osservato esattamente che la fedeltà alla volontà comune è già richiesta dall'art.1362. Sicché quando essa esiste ed è manifestata non c'è bisogno dell'art.1366 per darle forza.

Abbandonata l'equivalenza fra buona fede e volontà è prevalso un significato oggettivo. Da qui l'idea che la buona fede espliciti il rilievo di una "reciproca lealtà di condotta per le parti" espressa dal principio di affidamento. Secondo Cesare Grassetti "data una dichiarazione che la controparte aveva il diritto di intendere in un dato senso...questo senso sarà rilevante per il diritto e il dichiarante non potrebbe invocare un significato diverso". Interpretare secondo buona fede, dunque, per questa famosa ricostruzione, significa mettersi nella disposizione di chi debba prendere cognizione⁵¹.

⁵⁰ M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione. Contributo ad una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961, p. 143 ss.; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983, p. 108; N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1966, p. 25.

⁵¹ C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, p. 197.

Ma ciò non è convincente perché il contratto non è l'isolata dichiarazione di una parte. Non c'è un dichiarante e un destinatario e i contraenti partecipano delle due qualità. C'è un programma voluto da entrambi da individuare in concreto e su questo dalle sentenze di legittimità più recenti si traggono indicazioni preziose⁵².

La clausola di buona fede amplia i diritti e gli obblighi delle parti, dunque il criterio interpretativo che richiama quella clausola impone di tener conto di tale integrazione e indica all'interprete la necessità di individuare il contenuto effettivo dei diritti e dei doveri delle parti e di ricercare il senso più rispondente ad un'attività corretta delle parti⁵³. Il nesso fra contegno esecutivo scorretto e regola interpretativa si trae anche dal piano processuale perché quando si fa valere un contegno in mala fede di una parte, disatteso dal giudice di merito, si deve denunziare nel ricorso per cassazione, a pena di inammissibilità, la violazione della regola interpretativa⁵⁴.

8. L'equità e la rinegoziazione.

Sull'equità mi sento ancora di condividere la posizione di Sacco⁵⁵. Essa non ha rilievo generale sulla struttura. Il contratto iniquo non ha un trattamento generalizzato né una sanzione generale. Ha rilievo solo in presenza di una norma e l'art. 1374 ha il senso di richiamare in via riassuntiva tutte le indicazioni specifiche che trattano di equità correttiva. Ma queste norme vanno valutate in merito alla loro eccezionalità, caso per caso. Spesso non sono affatto eccezionali ma estensibili per analogia *iuris* tutte le volte che emerga dalle fonti un "principio ordinatore della materia" (v. art. 7 legge sui ritardi di pagamento ma anche art. 5 legge sul divorzio).

E' sempre più avvertita invece l'idea che nei "contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, (l'equità esige che) si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato o opportuno". In tale opera costruttiva "gli italiani partono favoriti in virtù degli articoli 1366,1375 e soprattutto in virtù dell'art.1374"⁵⁶.

⁵² R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, 2004, p. 369 ss.

⁵³ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 344 ss.

⁵⁴ Così Cass., 11 agosto 2000, n. 10705, in G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 345 ss. ed ivi ulteriore giurisprudenza.

⁵⁵ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., p. 410 ss

⁵⁶ v. ancora *Ibidem*, p. 541 ss.



Ha un preciso rilievo in tal caso la categoria dei contratti relazionali e di durata che trova ora un riferimento normativo nella legge sul contratto di rete ove si richiede necessariamente un specifico riferimento alla durata del contratto e alle relative ipotesi di recesso.

9. Conclusioni.

Sono convinto insomma che le clausole generali consentano di adeguare i rimedi all'evoluzione normativa della società, siano di aiuto nell'abbandonare una mentalità vecchia e strumenti invecchiati", possano servire per guardare da sotto in su, partendo dalle cose e dai fatti. Ciò senza perdersi in "un'arcana impenetrabile sapienza quotidiana"⁵⁷, e senza abbandonare la ineliminabile fatica del concetto.

Credo anche che la diffidenza e i dubbi di legittimità sull'uso dei principi e delle clausole generali sia *contra legem* (1337, 1366, 1375 c.c.) e frutto del pregiudizio che "spetti solo al potere legislativo e politico l'espressione della volontà generale negando così al diritto civile, nelle sue articolazioni, la funzione ordinante che ci ha insegnato il diritto romano e medievale in passato e ci tramanda ora la *common law*"⁵⁸. Come ci ha ricordato Paolo Grossi "il legalismo e il formalismo allontanò diritto e fatti, ma anche inevitabilmente diritto e giustizia, essendo questa, misura di uomini carnali e di fatti carnali...". Se i giuristi all'insegna di un'etica della responsabilità, sapranno ordinare il nuovo pluralismo, forse procederemo sul cammino più conveniente per una maggiore armonizzazione fra diritto e giustizia⁵⁹.

⁵⁷ M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., p. 175.

⁵⁸ P. GROSSI, *La funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p.95 ss.

⁵⁹ *Ibidem*