

# Dottrina e attualità giuridiche

---

## La riforma dei contratti in Francia

a cura di Enrico Gabrielli\* e Andrea Fusaro\*\*

**I vizi del consenso nel *code civil*: un confronto con la disciplina italiana**, Antonio Gorgoni

**Morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel *code civil***, Luciano Pontiroli

**Note sull'*ordre public* dopo la riforma del *code civil***, Giovanni Passagnoli

**Contratto e terzi nel *code civil* riformato**, Andrea Fusaro

**L'adempimento in natura alla luce della riforma del *code civil***, Fabrizio Piraino

**La clausola risolutiva espressa tra regole e principi**, Stefano Pagliantini

**L'*imprévision* nel *code civil* riformato**, Francesca Benatti

***Négociations* e obblighi di riservatezza**, Andrea Federico

---

## I vizi del consenso nel *code civil*: un confronto con la disciplina italiana

di Antonio Gorgoni

La riforma francese è intervenuta significativamente sui vizi del consenso. La linearità della disciplina dell'errore essenziale, l'espresso riconoscimento del dolo omissivo, l'ampliamento dell'ambito applicativo della violenza, soprattutto attraverso l'introduzione della nuova fattispecie dell'*état de dépendance*, e la chiara previsione del dovere generale di informare la controparte sulle circostanze determinanti per la conclusione del contratto inducono lo studioso a ripensare alcune interpretazioni della disciplina italiana in materia. Emerge l'eccessiva rigidità di quest'ultima e una labile tenuta della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità.

### Oggetto dell'indagine

L'*ordonnance* francese del 10 febbraio 2016 (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), emanata in applicazione dell'art. 8 della *loi* n. 2015-177 del 16 febbraio 2015<sup>1</sup>, costituisce una fertile occasione per riflettere sulla modernità della disciplina italiana dei vizi del consenso. Appare utile instaurare un confronto tra le novità della riforma su un tema classico del contratto e le nostre regole, al fine di

evidenziare le divergenze e le migliori soluzioni da una parte e dall'altra.

L'attenzione si concentrerà, inoltre, sulla risposta a una domanda: se l'errore, la violenza e il dolo garantiscano una tutela effettiva del contraente debole, non tanto perché affetto da patologie psichiche, ma in quanto inesperto, assoggettato all'altrui volere, in relazione di fiducia con la controparte o privo delle informazioni essenziali<sup>2</sup>.

Il tema si presenta quanto mai complesso e articolato, poiché occorre, da un lato, tener conto dell'evoluzione giu-

---

\* Il Codice civile di Napoleone il Grande, promulgato nell'anno 1804, dalla cui matrice deriva anche il nostro codice civile ha di recente subito, nella materia dei contratti, una penetrante modifica mediante l'*Ordonnance* n. 2016 – 131 del 10 febbraio 2016.

La Rivista ha reputato opportuno che anche il lettore italiano, così vicino per tante ragioni all'esperienza giuridica transalpina, ne avesse conoscenza, attraverso l'esame di alcuni tra i molti, e possibili, profili di investigazione delle novità introdotte nel testo del Codice dei Francesi.

\*\* I contributi sono stati sottoposti, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

<sup>1</sup> L'intento principale della riforma è stato di far apparire il diritto dei contratti "*plus lisible et prévisible*". Così si esprime il *Rapport au Président de la République* relativo all'*ordonnance* n. 2016/131 del 10 febbraio 2016 nella parte dedicata alla genesi della riforma. Nella prospettiva del legislatore occorre rendere la Francia maggiormente capace di attirare gli investitori stranieri e gli operatori che desiderino

sottoporre i loro contratti alla legge francese. La riforma ha tenuto conto dei progetti europei e internazionali di armonizzazione del diritto dei contratti e ha adottato un metodo di lavoro inclusivo degli operatori economici e giuridici, interpellati attraverso una consultazione pubblica. Si tratta, pertanto, di una riforma che si inserisce, apprezzabilmente, nel filone evolutivo del diritto europeo, con l'intento di modernizzare, semplificare, rendere accessibile ed efficace il diritto comune dei contratti e delle obbligazioni. Ricorre nel Rapporto il sintagma giustizia contrattuale; una giustizia che, secondo il legislatore, non può prescindere da alcuni tratti che devono caratterizzare il diritto: leggibilità (*id est*: diritto espresso con un lessico chiaro, suscettibile di essere compreso senza l'assistenza di uno specialista) e accessibilità (quindi diritto non disperso tra fonti formali e sentenze).

<sup>2</sup> Lo sforzo dichiarato del legislatore francese è stato anche quello di codificare un diritto più giusto, attento agli interessi "*de la partie la plus faible*".

risprudenziale su problematiche controverse quali il dolo omissivo, l'ambito applicativo della violenza, la qualificazione del contratto concluso da chi sia stato circonvenuto e l'esistenza o meno di un dovere generale di informazione. Dall'altro lato, è indispensabile verificare, stante l'equilibrio piuttosto rigido tra tutela del volere e funzione del contratto espresso dalla normativa sui vizi del consenso<sup>3</sup>, se vi siano strumenti di protezione ulteriori della parte contrattuale sopra tratteggiata. Si esamineranno in particolare l'istituto della causa in concreto e le più recenti applicazioni del rivalizzato principio della meritevolezza dell'interesse (art. 1322, 2° comma, c.c.).

Si dovrà tener conto di certi sviluppi giurisprudenziali e dei principi fondamentali – sempre più utilizzati dall'interprete – in materia contrattuale. Del resto, la giurisprudenza, nell'epoca post-moderna, concorre con il legislatore a rinnovare il diritto<sup>4</sup>. Come dimostra proprio la riforma francese, che è consistita, in larga parte, nella codificazione di taluni innovativi e consolidati orientamenti della *Cour de Cassation*<sup>5</sup>.

Certo, proporre interpretazioni estensive della disciplina dei vizi del consenso è un'operazione piuttosto delicata. Non fosse altro perché essa è attraversata da due più generali linee di fondo del diritto dei contratti: l'equilibrio ordinamentale, dibattuto in dottrina<sup>6</sup>, tra le regole di validità e le regole di responsabilità e la predeterminazione della rilevanza giuridica delle condizioni di debolezza di una parte contrattuale.

Entrambe evocano a loro volta più principi: la forza di legge del contratto (art. 1372 c.c.), la tutela dell'affidamento (art. 1431 c.c.) e dei terzi (artt. 1445 e 2652, n. 6, c.c.), da una parte, la tutela della libertà contrattuale, dall'altra.

### Vizi del consenso tra Francia e Italia

La disciplina dei *vices du consentement* è contenuta nel *paragraphe 2* così intitolato, *sous-section 1 (le consentement)*, *section 2 (la validité du contrat)*, *chapitre II (la for-*

*mation du contrat)*, titre III (*des sources d'obligations*) del libro III del *code civil*. C'è, quindi, già sotto il profilo della struttura del *code*, un legame stretto tra volontà contrattuale, formazione ed effetti del contratto, tale per cui un vizio della prima non può che incidere, alle condizioni previste dalla legge, sulla validità del contratto stesso.

Il volere di chi conclude un contratto deve essere libero, scevro da false rappresentazioni della realtà, inganni e coercizioni provenienti dalla controparte, ma anche non indotto da subdoli approfittamenti volti ad avvantaggiarsi di una situazione contingente di debolezza o di fiducia. Così il diritto francese, oltre a prevedere i vizi classici del volere – l'errore, il dolo e la violenza –, ha codificato un vizio nuovo, sebbene soltanto in alcuni aspetti<sup>7</sup>, incentrato sulla "*faiblesse de l'autre*"<sup>8</sup>, non previsto dal codice civile italiano: la violenza per abuso dello stato di dipendenza (art. 1143 c.c.).

Prima di analizzare specificamente quest'ultimo vizio rispetto al contesto italiano, preme svolgere alcuni rilievi sui vizi del consenso in generale.

Va constatato che il codice francese accomuna, sotto il profilo del rimedio (la *nullité ex art. 1131 c.c.*), due fattispecie: 1) vizi del consenso (*erreur, dol, violence*) senza i quali "una delle parti non avrebbe contratto"; 2) vizi del consenso senza i quali una parte "avrebbe contratto a condizioni sostanzialmente diverse" (art. 1130 c.c.). Si accostano, quindi, due situazioni che il nostro legislatore, da un lato, ha distinto quanto alle ricadute negative sul contratto, dall'altro, ha circoscritto al dolo.

È noto che, secondo il codice italiano, soltanto il dolo determinante (art. 1439, 1° comma, c.c.) è causa di annullabilità del contratto, mentre il dolo incidente non invalida, sebbene il contraente di mala fede risponda dei danni subiti dal *deceptus*. La distinzione tra questi due tipi di dolo non sta nella diversa intensità del raggirato perpetrato, ma nel suo differente effetto: la condotta, in quello determinata, induce alla conclusione del contratto, in quello incidente ne conforma in un certo modo il contenuto. Ne scaturisce

<sup>3</sup> V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 170.

<sup>4</sup> M. Fioravanti, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, *Per i sessant'anni della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*. Cfr. anche Id., *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2014, 2, 295 e segg.; Id., *Legge costituzionale: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, 43, 1077.

<sup>5</sup> D. Mazeaud, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 2, 432 e segg. (ma cfr. 1 della versione contenuta in *Leggi d'Italia on line*), osserva che il diritto dei contratti francesi era "disperso tra il codice ed il repertorio delle sentenze della *Court de Cassation*". La sempre maggiore inadeguatezza del *code civil* aveva accresciuto lo spazio di intervento del potere giudiziario. Vero è che l'interventismo dei giudici costituisce uno dei tratti caratterizzanti e imprescindibili della postmodernità, non fosse altro perché i principi sono non più, come vorrebbe l'art. 12 delle Preleggi del codice civile, l'ultimo criterio dell'interpretazione, ma "stabili e prioritari punti di riferimento per l'interpretazione e l'applicazione" (cfr.: P. Perlingieri, *La giustizia civile tra efficienza e garanzie (in ricordo di Franco Cipriani)*, in *Il giusto processo civile*, 2013, 4, 1295; G. Benedetti, "Ritorno al diritto" ed ermeneutica dell'effettività, in *Persona e mercato*, 2017, 1, 3 e segg.; G. Vettori, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 2, 51 e segg.; F. Addis, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2014, 4, 1053; E. Del Prato, *I principi nell'esperienza civilistica*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2014, 265 e segg.).

<sup>6</sup> G. Vettori, *Il diritto ad un rimedio effettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 666 e segg.; Id., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2015, 787 e segg.; Id., *Diritto europeo e tutele contrattuali*, in *Persona e mercato*, 2014, 89 e segg.; Id., *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*; G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; E. Del Prato, *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2012, 2, 403 e segg.

<sup>7</sup> D. Mazeaud, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, cit., 9, ricorda come la *Cour de Cassation* avesse già affermato che costituiva vizio del consenso lo sfruttamento abusivo di una condizione di dipendenza economica; sfruttamento perpetrato al fine di trarre profitto dal timore avvertito dalla controparte di pregiudicare i propri interessi (Cass., I civ., 3 aprile 2002, n. 00-12932: *Bull. civ.* I, n. 108).

<sup>8</sup> Il "*Rapport au Président de la République*", cit., chiarisce che le disposizioni normative da introdurre avrebbero dovuto consentire di sanzionare quella parte contrattuale che avesse abusato della debolezza dell'altra. Il legislatore francese, opportunamente, non ha fornito alcuna esemplificazione della debolezza, ridisegnando la fattispecie della violenza in termini di maggiore elasticità. Così, come si vedrà meglio in seguito (§ 8), l'ordinamento appare maggiormente in grado di tutelare la persona concreta, facendo assurgere alla giuridicità quelle condizioni personali, quei legami talvolta patologici incidenti fortemente sulla libertà contrattuale.

un duplice piano rimediabile, coerente con la reale volontà del soggetto da proteggere e con le esigenze di conservare il contratto<sup>9</sup> e di tutelare i terzi aventi causa.

Non si può però ritenere che il diritto francese sottovaluti il profilo della conservazione del contratto. Basti pensare alla nuova disciplina della “imprevisione”, secondo la quale se le parti non raggiungono un accordo sulla rinegoziazione entro un termine ragionevole “*le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat (...) à la date et aux conditions qu'il fixe*” (art. 1195, 2° comma, c.c.). Piuttosto, in Francia si considera un disvalore intollerabile l'induzione a concludere un contratto “*à des conditions substantiellement différentes*” (art. 1130, 1° comma, c.c.). L'uso dell'avverbio “sostanzialmente” ha il suo peso nella costruzione della fattispecie di invalidità: il contratto deve apparire diverso nelle sue linee essenziali – nel contenuto – rispetto a quello che sarebbe stato concluso in assenza della patologia del volere.

Mentre le due fattispecie francesi tendono ad avvicinarsi, quella italiana del dolo incidente ha una sua specifica disciplina, appuntandosi sull'incidenza della condotta dolosa sul regolamento contrattuale e non già sulla sua conclusione.

Ma c'è un altro aspetto che, come si accennava, diversifica più ampiamente la disciplina dei due ordinamenti: in Francia la tutela invalidante è concessa con riguardo a tutti i vizi del consenso che abbiano indotto a contrarre a condizioni sostanzialmente diverse. In Italia, invece, le condizioni diverse del contratto rilevano soltanto nel dolo e non invalidano il contratto, anche se l'art. 1440 c.c. è reputato dalla dottrina maggioritaria non già norma eccezionale, ma espressione del principio generale alla correttezza nella contrattazione<sup>10</sup>.

Il diritto italiano appare più incline alla correzione del contratto. Se, infatti, si esclude la violenza, oggetto solo di convalida, anche con riguardo all'errore è ammessa la modificazione del contratto attraverso la rettifica (art. 1432 c. c.). Un istituto quest'ultimo che, diversamente dal dolo incidente che esige una valutazione giudiziale, tiene fermo il contratto solo qualora vi sia la volontà della parte non in errore.

Rimanendo su un piano più generale, va rilevato, come si vedrà nel prosieguo, che la nostra disciplina dei vizi del consenso è connotata da significative incertezze applicative.

Invece il legislatore francese ha semplificato le singole fattispecie, attraverso una maggiore chiarezza linguistica, ampliandone, al contempo, l'ambito applicativo. Si consideri che tutti e tre i vizi del consenso devono risultare, ai sensi dell'art. 1130, 2° comma, c.c., determinanti nella conclusione del contratto. Più complicato diventa il discorso se si esamina l'art. 1429 c.c. (cfr. § 3).

La determinatezza francese si apprezza, continua il 2° comma, con riguardo alle “persone” e “alle circostanze in cui il consenso è stato espresso”. Ciò comporta, ad esempio, che nella valutazione dell'errore indotto dal dolo, occorre considerare le condizioni personali e sociali del *deceptus*. Questa disposizione evoca quella “prospettiva interrelazionale”, sostenuta dalla dottrina italiana<sup>11</sup> ed emersa in giurisprudenza (cfr. *infra* § 7), secondo cui nella valutazione del dolo rileva anche la condotta dell'ingannato.

### **L'errore tra tutela del consenso e della circolazione**

Nel diritto francese l'errore è costruito su tre elementi: a) la scusabilità; b) la predeterminazione legale delle fattispecie a tutela della parte non in errore e dell'interesse generale alla sicurezza della circolazione; c) l'essere stato determinante della conclusione del contratto. L'art. 1132 c.c. stabilisce che “l'errore di diritto o di fatto, a meno che non sia inescusabile [*id est*: ingiustificabile], è causa di nullità del contratto quando ricade sulle *qualità essenziali* della prestazione dovuta o su quelle della controparte”. Si tratta di una “*nullità relativa*” (art. 1131 c.c.).

Le qualità essenziali della prestazione – chiarisce l'art. 1133, 1° comma, c.c. – sono quelle “espressamente o tacitamente convenute e in considerazione delle quali le parti hanno concluso il contratto”. L'espressione “in considerazione delle quali le parti hanno contratto” allude al requisito dell'essenzialità dell'errore, cioè all'essere stato determinante del consenso. Va aggiunto che, secondo la disposizione francese, l'aver accettato l'esistenza di un'alea sulle qualità essenziali della prestazione esclude l'errore relativo alle medesime (art. 1133, 3° comma, c.c.)<sup>12</sup>.

È agevole rilevare come la normativa italiana non sia esattamente sovrapponibile a quella d'oltralpe. Essa richiede l'essenzialità – sulla quale si tornerà tra breve – e la riconoscibilità dell'errore, non già la scusabilità<sup>13</sup>. L'erran-

<sup>9</sup> C. Colombo, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1993, 347. Nel dolo incidente emerge l'esigenza di conservare il contratto sia pur da riequilibrare negli effetti.

<sup>10</sup> Su questa dibattuta questione, spunti interessanti in una prospettiva restrittiva dell'ambito applicativo dell'art. 1440 c.c. si traggono dagli scritti di G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; Id., *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 5 e segg., Id., *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Roppo*, Milano, 2006, V, 977 e segg. Un'impostazione diversa, di maggiore apertura, si ritrova già nella risalente monografia di G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, 112 e segg. Analogamente: M. Mantovani, “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, 135 e segg.

<sup>11</sup> C. Colombo, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, cit., 351 e segg., ritiene che la giurisprudenza abbia ben coniugato il rilievo della diligenza ordinaria della vittima con l'incidenza delle circostanze concrete. Pertanto, se il giudice si convince che il mezzo potenzialmente ingannevole non

avrebbe tratto in inganno una persona di normale diligenza, egli propenderà per la non influenza sul consenso, salvo che le condizioni soggettive del *deceptus* lo inducano a una conclusione opposta.

<sup>12</sup> D. Mazeaud, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, cit., 3, ricorda come anche in questo caso il legislatore abbia codificato una regola già emersa nella giurisprudenza (cfr. Cass. I civ., 24 marzo 1987, n. 85-15736: *Bull. civ.* I, n. 105).

<sup>13</sup> P. Barcellona, voce “Errore”, in *Enc. Dir.*, 1966, 275 e segg., si sofferma sul requisito della riconoscibilità, introdotto dal codice civile del 1942 in sostituzione del requisito della scusabilità, ricavato dal sistema nella vigenza del codice del 1865 dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Prima del 1942, quindi, si tutelava maggiormente la volontà della parte contraente rispetto alla salvaguardia dell'affidamento della controparte e della certezza della circolazione. Se, infatti, l'errore era scusabile, non interessava la posizione della controparte (magari impossibilitata a riconoscere l'errore), essendo comunque possibile agire con l'azione di nullità del contratto. Il diritto francese, invece, ha tenuto fermo il presupposto della scusabilità dell'errore, ma ha ben circoscritto i casi di errore.

te, quindi, potrà richiedere l'annullamento del contratto anche se il suo errore sia "inescusabile", ossia evitabile con l'ordinaria diligenza. In Francia, invece, se l'errore è inescusabile viene a mancare un presupposto di rilevanza dello stesso. Stabilisce l'art. 1132 c.c. che l'errore è causa di nullità del contratto "à moins qu'elle ne soit inexcusable".

Non è il caso di indugiare su questa distinzione, se non per rilevare come la disciplina italiana abbia privilegiato l'affidamento della parte non in errore, la quale, a fronte della oggettiva irricognoscibilità dell'errore<sup>14</sup>, prevale sull'altra nonostante la scusabilità<sup>15</sup>, ossia l'assenza di responsabilità nell'aver errato (c.d. errore incolpevole).

Si diceva del requisito dell'essenzialità dell'errore nella conclusione del contratto, posto in rilievo in modo nitido e univoco dalla normativa francese. Quella italiana, invece, sul punto è più articolata, poiché, come ha rilevato un'autorevole dottrina<sup>16</sup>, non è del tutto esatto ritenere che l'errore essenziale sia sempre da intendersi come determinante del consenso.

Le fattispecie di errore essenziale sono state, infatti, configurate diversamente (art. 1429 c.c.). Ci sono casi in cui l'errore è "essenziale in sé", rilevando senza che vi sia bisogno di ulteriori accertamenti da parte del giudice: quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto (n. 1) e sull'identità dell'oggetto della prestazione (n. 2).

In altri casi, invece, l'errore è "potenzialmente essenziale": quando attiene alla qualità dell'oggetto della prestazione, all'identità o alle qualità della persona dell'altro contraente o ad una norma giuridica. Qui, almeno stando alla lettera della legge, si richiede qualcosa in più, ossia l'essere stato l'errore determinante del consenso (art. 1429, nn. 2 e 3 c.c.).

Ma allora, secondo la normativa italiana, l'errore essenziale e l'errore determinate del consenso non sono fattispecie coincidenti. Vi possono essere errori determinanti del consenso, che non sono al contempo errori essenziali: sono tutti quegli errori senza i quali l'errante non avrebbe concluso il contratto, ma che non ricadono su alcuno degli elementi di cui all'art. 1429 c.c. Di conseguenza, ove si accolga la tesi della tassatività dei casi di errore, dovrebbe escludersi, in questa ipotesi, la rilevanza dell'errore ai sensi dell'art. 1429 c.c. Dunque, il contratto sarebbe valido. Al contrario sono anche configurabili anche errori essenziali che possono essere non determinanti del consenso (art. 1429, n. 1, c.c.).

Da siffatti rilievi se ne deduce che la categoria dell'errore essenziale, per un verso, è più ristretta della categoria del-

l'errore determinante del consenso; per altro verso è, invece, più ampia perché possono darsi, come si diceva, errori essenziali non determinanti del consenso (ad esempio sulla natura o sull'oggetto del contratto). Quest'ambiguità italiana, superabile ove l'interprete ritenga che l'errore debba essere sempre determinante del consenso per causare l'annullabilità del contratto<sup>17</sup>, anche laddove l'art. 1429 c.c. non lo precisi, non si ravvisa nella disciplina del c.c..

Secondo il codice francese, l'errore rileva solo se è stato determinante del consenso (art. 1130): quello sulle qualità essenziali della prestazione (art. 1133), sulle qualità essenziali della controparte (art. 1134) o sul semplice motivo quando le parti lo abbiano considerato espressamente elemento determinante del loro consenso (art. 1135, 1° comma, c.c.).

Cosa comporta questa diversità? Non è facile rispondere. In Francia il contratto viene eliminato ogniqualvolta l'errore sia stato determinante del consenso. Se manca una volontà libera e consapevole su taluni elementi della contrattazione, il contratto è invalido. Il legislatore italiano, invece, ha creato – stando alla lettera delle disposizioni – uno spazio ambiguo per errori essenziali non determinanti del consenso che sono causa di annullabilità del contratto. Questa interpretazione, ove non corretta nel senso in cui si diceva poc'anzi, danneggerebbe più che altro la circolazione, perché la parte non in errore è già tutelata dal requisito della riconoscibilità dello stesso.

Non sembra possa ritenersi che la disciplina italiana dell'errore tuteli maggiormente la parte in errore rispetto a quella francese, perché quest'ultima non prevede il requisito della riconoscibilità. Mentre in Italia un errore determinante del consenso ma irricognoscibile non rileva giuridicamente, in Francia ben può condurre alla nullità del contratto.

Ciò non significa che il diritto francese si sia disinteressato della parte non in errore. La disciplina dell'errore è strutturata in modo che la nullità del contratto non sia una conseguenza inaspettata e ingiusta per la parte non in errore. I casi di errore, a ben vedere, coinvolgono comunque entrambe le parti, non nel senso dell'errore bilaterale, ma perché evocano il difetto della funzione del contratto. Tutti i casi di errore sono caratterizzati dalla essenzialità. Ora, se le qualità essenziali della prestazione sono quelle espressamente o tacitamente convenute dai contraenti, è evidente che il contratto, ove esse manchino, non è in grado di assolvere la propria funzione<sup>18</sup>. Così l'ordinamento francese reagisce accordando l'azione di nullità.

<sup>14</sup> P. Barcellona, voce "Errore", cit., 277, chiarisce che il requisito della riconoscibilità non va considerato in funzione della buona fede della controparte. Con esso "assume rilievo un fenomeno oggettivamente apprezzabile, a prescindere dall'incidenza dello stesso su una situazione soggettiva di conoscenza o ignoranza". Ne consegue che ove sussista la riconoscibilità dell'errore, la controparte non evita l'annullamento del contratto provando la propria buona fede. La quale è elemento soggettivo della fattispecie legale e non già criterio di soluzione di un conflitto. Ciò è evidente nel pagamento al creditore apparente (art. 1189 c.c.). Sulla natura del giudizio di riconoscibilità cfr. anche V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 220 e segg., il quale respinge sia il criterio soggettivo che oggettivo, trattandosi di giudicare i fatti "secondo il criterio delle intersoggettività" (223).

<sup>15</sup> V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 192 e segg., chiarito il fondamento della scusabilità, esclude categoricamente che quest'ultimo costituisca requisito dell'errore (202-

203).

<sup>16</sup> V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, 732-733. Già P. Barcellona, *Errore* (voce), cit., pone in luce "l'ambigua formulazione della legge", rilevando che vi sono fattispecie legali nel 1429 c.c. con riguardo alle quali non vi è alcun riferimento al requisito dell'influenza psichica (cfr. anche 268-270).

<sup>17</sup> L'essenzialità dell'errore, quale tratto generale dell'istituto, può desumersi sia dal principio di conservazione del contratto (artt. 1440 c.c., 1432, 1436, 2° comma, c.c.) sia dal principio di ragionevolezza. Si avrebbe, infatti, una distorsione della tutela ove si ammettesse l'annullabilità del contratto anche quando l'errore su uno degli elementi di cui all'art. 1429 c.c. non avrebbe comunque indotto la parte che ha errato ad astenersi dalla conclusione del contratto. Opinando diversamente, si incrinerebbe anche il principio della forza di legge del contratto tra le parti (art. 1372 c.c.).

<sup>18</sup> P. Barcellona, voce "Errore", cit., 252-253, tiene a distinguere l'errore dal difetto o vizio di un elemento strutturale della fattispecie.

Non si è molto distanti dalla causa del contratto<sup>19</sup> e ciò dimostra, tra l'altro, la capacità di sopravvivenza di questo requisito del contratto, nonostante l'*ordonnance* n. 2016-131 l'abbia esclusa dalle condizioni di validità del medesimo (art. 1128 c.c.).

### L'errore sul valore e il controllo sul corrispettivo

La disciplina dell'errore sul valore è simile in Italia e in Francia.

In entrambi gli ordinamenti un tale errore non è essenziale di per sé. Un'inesatta valutazione del valore della prestazione non incide sulla validità del contratto, rimanendo all'interno del rischio fisiologico della contrattazione. Quest'irrelevanza è un indice significativo del principio di insindacabilità dell'adeguatezza del corrispettivo.

Se un soggetto corrisponde una certa somma di denaro per l'acquisto di un quadro di un importante pittore, ritenendola congrua quando in realtà la quotazione del bene è decisamente inferiore, egli non potrà chiedere l'annullamento del contratto per l'esborso eccessivo. L'acquirente sconta la sua scarsa accortezza; nessun elemento essenziale del contratto è inciso da un mero errato apprezzamento del valore, né vi è, tendenzialmente, una condotta censurabile da parte del venditore.

L'errore sul valore, in entrambi i Paesi, rileva quando penetra nel contratto, ricadendo sulle qualità dell'oggetto della prestazione, ossia sul bene. Più esattamente, l'art. 1136 c.c. nega che sia nullo il contratto qualora l'errore sul valore consista semplicemente in un apprezzamento economico inesatto. Diversamente, stabilisce il medesimo articolo, si ha nullità se l'errore sul valore dipende da una scorretta valutazione delle "*qualités essentielles de la prestation*". Ancora una volta (cfr. *supra* § 3) viene sostanzialmente in rilievo la funzione dell'atto, perché se il bene oggetto della prestazione è privo delle qualità essenziali, manca in definitiva la giustificazione dello scambio.

Analogamente, l'art. 1429 n. 2 c.c. considera rilevante l'errore sia sull'identità dell'oggetto della prestazione, quale errore essenziale *ex se*, sia "sopra una qualità dello stesso", con riguardo al quale occorre indagare se l'errore sia stato determinante del consenso "secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze".

Centralità, quindi, del bene e delle sue qualità quali elementi strettamente correlati al consenso, all'accordo tra le parti, ma anche alla funzione del contratto. Il valore entra in gioco indirettamente come ricaduta, non sempre ineluttabile, dello sbaglio su ciò che si voleva o sulle sue caratteristiche. In questi casi il contratto non ha ragione di esistere, perché la prestazione non è quella voluta e, di conse-

guenza, il valore attribuito alla medesima è sproporzionato e ingiustificato.

Un esempio di errore sull'identità del bene è dato da un contratto che preveda il trasferimento della proprietà di uno dei terreni del venditore, laddove il compratore era convinto di acquistare un altro fondo ubicato in altra posizione. L'errore qui rileva purché riconoscibile dal venditore (art. 1431 c.c.), sebbene il corrispettivo sia quello pattuito<sup>20</sup>.

La qualità viene, invece, in rilievo con riferimento alla natura del terreno compravenduto che l'acquirente riteneva edificabile, sebbene esso avesse altra diversa destinazione, oppure all'attribuzione o datazione di un'opera d'arte<sup>21</sup>.

L'art. 1429 n. 2 c.c. esplicita i criteri che presiedono alla valutazione della decisività dell'errore sulla qualità ai fini del consenso. Essi sono costituiti dal "comune apprezzamento" e dalle "circostanze". Il primo richiama qualità oggettivamente determinate, quindi standard obiettivi e dati tecnici, il secondo consente di attribuire rilevanza all'errore soggettivamente determinante nel particolare contesto di quel contratto.

Anche la disciplina francese richiama criteri oggettivi e soggettivi di valutazione delle qualità essenziali della prestazione. L'art. 1130, 2° comma, c.c. stabilisce, in generale, che il carattere determinante dei vizi del volere si apprezza con riguardo "*aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné*". La parola "circostanze" attrae fatti sia oggettivi che soggettivi. Più specificamente, le qualità essenziali della prestazione "sono quelle espressamente o tacitamente convenute e in considerazione delle quali le parti hanno concluso il contratto" (art. 1133, 1° comma, c.c.). Le parti, ad esempio, possono dare rilievo a una determinata qualità del bene, tale per cui la sua mancanza nella realtà, sebbene non possa dirsi oggettivamente determinante del consenso, risulti soggettivamente determinante perché obiettivata nel contratto.

Da questa breve disamina dell'errore sul valore emerge un dato efficacemente sintetizzato in dottrina<sup>22</sup>: "il valore economico del bene non è una sua qualità, nel senso dell'art. 1429, n. 2: la norma riguarda qualità fisiche, tecniche, funzionali, storiche, ecc., ma non qualità puramente economiche". Così è anche in Francia<sup>23</sup>.

Indubbiamente è comune ai due ordinamenti il principio di insindacabilità dell'adeguatezza del corrispettivo, come emerge, in Italia, anche dall'art. 34, 2° comma del codice del consumo, secondo cui la valutazione della vessatorietà della clausola del contratto tra consumatore e professionista non attiene "all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi". Ugualmente è in Francia con riguardo al con-

Egli però rileva che "tutta la disciplina dell'errore manifesta la necessità di consentire al soggetto la valutazione della concreta funzionalità del negozio (...)", oppure che la disciplina dei vizi del consenso e, in particolare, dell'errore "risol[vo] il problema del collegamento funzionale tra interesse regolato e interesse reale". Ci si avvicina alla teoria della causa in concreto.

<sup>19</sup> Prima della riforma del 2016, un'interessante pronuncia della Cass., 10 mai 1995, n. 92-10.736, *Bull. civ.*, I, n. 194, ha stabilito che deve ritenersi esistente un'eccezione alla regola della scusabilità dell'errore: quando quest'ultimo cada sulla causa del contratto. Si afferma che "*l'erreur sur l'existence de la cause, fût-elle inexcusable, justifie l'annulation de l'engagement pour défaut de cause*". Cioè se

l'errore ha riguardato la causa, il contratto è comunque nullo. L'eliminazione della causa ad opera della riforma del 2016 non cancella certo il problema della funzione del contratto; problema che riemerge, tra l'altro, con riguardo alle qualità essenziali della prestazione.

<sup>20</sup> V. Roppo, *Il contratto*, cit., 740, parla di scissione biunivoca tra errore sul valore ed errore essenziale, potendosi avere un errore essenziale che non integri anche errore di valore o, al contrario, un errore sul valore che non sia al contempo errore essenziale.

<sup>21</sup> Gli esempi sono tratti da V. Roppo, *Il contratto*, cit., 739.

<sup>22</sup> V. Roppo, *Il contratto*, cit., 740.

<sup>23</sup> D. Mazeaud, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, cit., 3.

tratto per adesione, laddove l'art. 1171, 2° comma, c.c. stabilisce che lo squilibrio significativo non attiene alla "adéquation du prix à la prestation". Ciò non significa, tuttavia, che gli accordi sul corrispettivo siano sempre legittimi e insindacabili.

Basti pensare al corrispettivo irrazionale, sproporzionato o frutto dell'abuso di una condizione di debolezza altrui. In questi casi vengono in rilievo istituti diversi dall'errore, non già per tutelare la parte che abbia errato nell'attribuzione del valore della prestazione, ma per garantirla dall'inattuazione dell'interesse perseguito o per rimediare alla lesione della propria libertà contrattuale. Vedremo più avanti, soprattutto nel § 12, che la conseguenza sul piano rimediabile non sempre è di tipo invalidante il contratto.

C'è di più: a volte l'autonomia delle parti nella determinazione del corrispettivo è compressa da ragioni di ordine pubblico. In tema di locazione, ad uso abitativo e non, il legislatore, attraverso la previsione dell'obbligo di registrazione del contratto (art. 1, 346° comma, L. n. 311/2004) e una *policy* di contrasto al patto integrativo, tenuto occulto, in cui si prevede un canone maggiore rispetto a quello risultante dal contratto scritto e registrato di locazione (art. 13, 1° comma, L. n. 431/1998 e art. 79, 1° comma, L. n. 392/1978), ha disincentivato fortemente le parti a eludere o evadere il fisco. Secondo la giurisprudenza di legittimità, è nullo siffatto patto aggiuntivo rispetto al contratto di locazione di immobile, ad uso abitativo<sup>24</sup> o non<sup>25</sup>. È una nullità che vizia solo il patto (dissimulato), sebbene tardivamente registrato, e non anche il contratto di locazione regolarmente registrato (che reca un canone simula-

to). Le parti non sono, perciò, libere di porre in essere una simulazione relativa parziale avente ad oggetto il canone di locazione.

A proposito degli istituti cui si diceva appena sopra, diversi dall'errore, è noto che in Italia la causa non è più strumento di controllo dell'utilità sociale del contratto (c.d. fase "ideologica e dogmatica") a tutto vantaggio del tipo legale, ma è oramai intesa – e così è stata rilanciata<sup>26</sup> ma anche travisata<sup>27</sup> – quale funzione economico-individuale della specifica negoziazione. La formula causa concreta esprime non soltanto un elemento della struttura del contratto, ma anche e soprattutto gli interessi concretamente perseguiti dal medesimo.

Mettendo in primo piano gli interessi obiettivati nel contratto, la causa finisce, tra l'altro, col tutelare la parte dall'assunzione di un'obbligazione irrazionale, qual è il corrispettivo inutile<sup>28</sup>. Ma qui vi è un controllo diretto non già sul *quantum* del corrispettivo, bensì sulla giustificazione del contratto.

Un'autrice italiana<sup>29</sup> ha studiato, a fondo e con finezza, i problemi legati alla contrattazione risolvibili con la causa. La quale non conflige con la libertà delle parti, anzi la preserva, tutelando chi abbia assunto un'obbligazione senza fondamento, irrazionale e incoerente rispetto all'assetto di interessi esplicitato nel contratto<sup>30</sup>. Un esempio recente è dato dalla tutela riconosciuta a chi abbia trasferito un bene *sine causa*, sebbene sussista l'ordine di bancogiro<sup>31</sup>.

Se in tali casi viene in rilievo un interesse privato (*id est*: l'autodeterminazione e l'esercizio utile dell'autonomia privata), la causa concreta è essenziale altresì per far emergere l'intenzione illecita dei contraenti. Com'è accaduto, di re-

<sup>24</sup> Cass., Sez. un., 17 settembre 2015, n. 18213, in *Giur. It.*, 2016, 2, 324 e segg., con nota di V. Cuffaro, *Locazione e imposta di registro. Aporie della giurisprudenza e pervicacia del legislatore in tema di locazione e obbligo di registrazione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 2, 268 e segg., con nota di C. Ulessi-G. Buset, *Locazione abitativa e patto occulto di maggiorazione del canone*.

<sup>25</sup> Cass., Sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, in *Leggi d'Italia on line*.

<sup>26</sup> R. Rolli, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 2, 416 e segg.

<sup>27</sup> V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 4, 957 e segg. (versione in *Leggi d'Italia on line*) mostra come, con riguardo a certe tematiche (elusione del fisco, contratti derivati), la causa in concreto, pur essendo una elaborazione dottrinale di grandissimo rilievo, sia stata impiegata a sproposito dalla Cassazione in luogo di altri istituti quali l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, l'errore o la nullità per contrarietà a norme imperative.

<sup>28</sup> Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, 3, 299 e segg., con nota di M. Cuccovillo, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*, dopo aver ripercorso in sintesi le diverse concezioni della causa, riconosce in essa, nella sua veste nuova di causa in concreto, uno strumento essenziale della struttura contrattuale. La causa, secondo la Corte, va intesa come "sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti." [corsivo mio]. La medesima nozione di causa è stata ripresa da Cass., Sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, cit.

<sup>29</sup> E. Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, 979 e segg.; Id., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 411 e segg.; Id., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 823 e segg.; Id., *Europa*

*cum causa*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010, 323 e segg. Si veda dell'Autrice anche il lavoro monografico, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.

<sup>30</sup> V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., 11 (versione *on line*), sintetizza benissimo come "la causa concreta serve (...) per stabilire se il contratto si presenta e si sviluppa come un'operazione sensata, alla luce degli interessi che le parti vi hanno dedotto e del modo in cui hanno voluto sistemarli e bilanciarli; in definitiva, essa funziona come strumento per decidere se la pretesa che una parte rivolge contro l'altra sia coerente, secondo razionalità, con quell'assetto di interessi; o se invece accogliere la pretesa darebbe luogo a un risultato irrazionale e insensato. Sono i casi in cui si dice che la causa manca, o è venuta meno, o è stata frustrata". Da questo punto di vista, la causa appare come un requisito indispensabile del contratto, come dimostra argutamente E. Navarretta, *La causa e la réforme du code civil francese*, cit., 206 e segg., secondo la quale il legislatore francese, non contemplando la causa tra i requisiti di validità del contratto (art. 1128 *code civil*), ha indebolito fortemente la tutela della parte che, a fronte del nudo patto, non riesca a provare la *cause de l'engagement* (208).

<sup>31</sup> Cass., Sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, 12, 1685, con nota di N. Muccioli, *Le Sezioni unite sull'esecuzione indiretta della donazione tipica: brevi osservazioni*, a proposito di un contratto di deposito titoli e di un'operazione di trasferimento dei medesimi nel conto di un beneficiario, afferma che il bancogiro è solo "una mera modalità di trasferimento di valori dal patrimonio di un soggetto in favore del patrimonio di un altro soggetto". La causa deve stare altrove ed esattamente "nel rapporto tra ordinante-disponente e beneficiario, dal quale dovrà desumersi se l'accreditamento (atto neutro) è sorretto da una giusta causa". Ove si ravvisi uno spirito di liberalità, occorrerà un atto pubblico tra disponente a beneficiario, poiché l'operazione in parola integra, secondo le Sezioni unite, una donazione non già indiretta (art. 809 c.c.) ma diretta (art. 769 c.c.).

cente, nel campo delle locazioni<sup>32</sup>, ove l'illiceità dell'intento elusivo/evasivo preclude ogni possibilità di sanatoria del patto dissimulato posto a *latere* del contratto di locazione.

È stato esattamente osservato che le funzioni svolte dalla causa in un ordinamento che non la contempli tra i requisiti del contratto sono comunque fatte proprie da altri istituti<sup>33</sup>.

La scelta dei progetti di codificazione europea, assunta sul modello del diritto tedesco, di non contemplare la causa, è stata seguita anche, come si diceva, dalla riforma del *code civil*. Anche se ciò – scrive un autore francese<sup>34</sup> – “non permette di concludere che [essa] sia puramente e semplicemente scomparsa dal nostro *droit positif* (...) nella misura in cui alcune delle sue funzioni, quelle tradizionali ovvero quelle più moderne, sono conservate o consacrate”.

Sono infatti diversi gli istituti d'oltralpe che coinvolgono il problema della giustificazione e della meritevolezza del contratto. Il cui contenuto (elemento essenziale *ex art.* 1128 c.c.) e scopo non devono contrastare con l'ordine pubblico (art. 1162 c.c.), quindi con le norme imperative<sup>35</sup>. Inoltre, per quanto ci interessa più da vicino: il contratto a titolo oneroso è nullo se la controprestazione è “derisoria”, “illusoria”<sup>36</sup> (art. 1169 c.c.), perciò il funzionamento programmato è irrealizzabile<sup>37</sup>.

Rimane, quindi, ben salda l'idea che l'autonomia privata è libera se non confligge con interessi pubblici, se è espressione di razionalità, di proporzionalità dei diritti e degli obblighi e se è frutto della capacità di autodeterminarsi del soggetto su cui non abbia influenza la controparte.

Ancor più specificamente, il sindacato sul corrispettivo si

giustifica qualora l'errore sul valore sia stato causato dal raggio perpetrato dalla controparte. L'ingannato potrà richiedere l'annullamento del contratto (art. 1439 c.c.) o il risarcimento del danno (art. 1440 c.c.). In Francia l'art. 1139 c.c. prevede che l'errore conseguente al dolo è causa di nullità del contratto anche quando riguarda il valore della prestazione. Il corrispettivo è dunque sindacabile qualora sia il risultato di una condotta decisamente scorretta.

E se il dolo è insussistente non essendovi raggio, nell'ordinamento italiano si riconosce una responsabilità precontrattuale in capo a chi abbia taciuto alla controparte, durante la contrattazione, informazioni fondamentali che abbiano inciso sulla determinazione del prezzo. L'informazione essenziale è quella che consente alle parti di fissare il giusto prezzo, in considerazione delle caratteristiche e della natura del bene oggetto del contratto. Oramai vi sono poche resistenze a ritenere che l'art. 1337 c.c. costituisca il fondamento di un dovere informativo generale, il cui oggetto va ben oltre la fattispecie espressa dall'art. 1338 c.c. e da altre norme di dettaglio contenute in codici di settore o in testi unici.

La giurisprudenza italiana, non più diffidente nei confronti delle clausole generali, anzi avendole ampiamente ascritte al proprio argomentare<sup>38</sup>, ha esteso l'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c. al contratto valido ma pregiudizievole per la parte vittima di un comportamento scorretto<sup>39</sup>. E la scorrettezza può ben consistere nell'omessa informazione, durante le trattative, di un aspetto decisivo per valutare l'adeguatezza del corrispettivo<sup>40</sup>.

<sup>32</sup> Cass., Sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, cit., trae argomento dalla nozione di causa concreta, per chiarire come, in caso di locazioni non abitative, il patto integrativo (con cui si stabiliscono canoni superiori rispetto a quanto pattuito nel contratto di locazione registrato) sia affetto da nullità virtuale, giacché “la nullità deriva non dalla mancata registrazione (situazioni suscettibile di essere sanata con il tardivo adempimento), ma, a monte, dall'illiceità della causa concreta del negozio, che una tardiva registrazione non appare idonea a sanare”.

<sup>33</sup> G.B. Ferri, *L'“invisibile” presenza della causa del contratto*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2002, 897 e segg. Id., *Une cause ne dit pas son nom. Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del code civil*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, 1, 3 segg.

<sup>34</sup> D. Mazeaud, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, cit., 6.

<sup>35</sup> Altrimenti, secondo la prospettiva italiana, la causa concreta del contratto è illecita. Del resto, la causa concreta, come ha insegnato un insigne civilista italiano (G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 25, è funzionale “a far valere specifici interessi e scopi pratici condivisi dalle parti ed esplicitati nel (o desumibili dal) contratto o dall'operazione negoziale nel suo complesso (collegamento contrattuale)”. Dunque, i problemi riconducibili alla causa sono connaturati al contratto; essi non vengono eliminati mediante la soppressione della causa.

<sup>36</sup> D. Mazeaud, *op. loc. cit.* Ancora: si considerano non scritte le clausole “che privino di sostanza l'obbligazione essenziale del debitore” (art. 1170 c.c.); ugualmente per le clausole di un contratto di adesione “che creano uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti” (art. 1171 c.c.); “*devient caduc*” un contratto concluso verbalmente se viene meno uno dei suoi elementi essenziali (art. 1186 c.c.); è nullo, come si vedrà più ampiamente *infra*, il contratto concluso con abuso dello stato di dipendenza di una parte (art. 1143 c.c.).

<sup>37</sup> E. Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 786.

<sup>38</sup> Per merito soprattutto della dottrina. S. Rodotà, *Il problema*

*della responsabilità civile*, Milano, 1964; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, 1969, rist. 2004, confessa nell'Introduzione che, all'epoca di questo prezioso e lungimirante volume, Egli avvertiva come l'utilizzo delle clausole generali fosse “una via essenziale per evitare scarti drammatici tra diritto immobile e realtà mutevole, per mantenere all'interno del sistema giuridico fenomeni che, altrimenti, gli sarebbero sfuggiti e ne avrebbero scardinato l'impianto” (IX). La letteratura successiva e la giurisprudenza gli hanno dato ragione. Ancora attuali sono le pagine 151 e segg. in cui Rodotà esclude che il giudice possa trarre “il criterio di integrazione da una valutazione del tutto soggettiva dei dati della coscienza sociale. La fonte da cui trarre la regola che integra il contratto è la Costituzione e segnatamente gli artt. 2, 36, 37, 39, 41 e 42. Nell'integrazione del contratto, Rodotà è sempre attento a due aspetti della contrattazione: 1) attuazione completa dell'operazione economica perseguita dalle parti; 2) “formazione di una norma contrattuale adeguata alle finalità d'ordine sociale perseguite dall'ordinamento” (152).

<sup>39</sup> Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e Resp.*, 2006, 1, 25 e segg., con nota di V. Roppo-G. Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contratto e Impresa*, 2008, 936 e segg., con nota di F. Prospero, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass. Sez. un. 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725 del 2017)* e commentata da molti altri Autori. Cfr. anche Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Danno e Resp.*, 2009, 5, 503 e segg., con nota di V. Sangiovanni, *La Cassazione interviene di nuovo sulle norme di condotta degli intermediari finanziari*. Per una trattazione analitica del tema del rapporto tra regole di validità e di responsabilità cfr. G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese*, Milano, 1983, cit.; Id., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 2, 104 e segg.

<sup>40</sup> Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit., afferma che il contenuto della clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. “non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di

Del resto, sono molte le norme di settore – nel codice del consumo, del turismo, nel testo unico bancario, nel testo unico della finanza – che disciplinano espressamente e con minuzia i doveri informativi, senza con ciò esaurire l'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c. che, altrimenti, diventerebbe una disposizione meramente ricognitiva di fattispecie legali altrove previste. Piuttosto, le diverse discipline degli obblighi informativi costituiscono una manifestazione del generale dovere informativo di cui all'art. 1337 c.c.

Anche il diritto francese eleva la buona fede a regola cardine di tutte le fasi contrattuali (art. 1104 c.c.) e prevede, quale specificazione della stessa, il dovere di informazione. Secondo l'art. 1112-1 c.c., chi è in trattativa deve comunicare all'altro quell'informazione "la cui importanza è determinante del consenso", ma che è ignorata legittimamente o in ragione della fiducia risposta nella controparte. Da un lato, quindi, si responsabilizza la parte che possiede certe informazioni, dall'altro, rilevano la condotta del destinatario dell'informazione e una particolare condizione soggettiva qual è la fiducia. L'articolo continua precisando che rivestono un'importanza determinante "quelle informazioni che hanno un collegamento diretto e necessario con il contenuto del contratto o la qualità delle parti". Si aggiunge altresì che il dovere di informazione "non si riferisce alla stima del valore della prestazione".

In definitiva l'ammontare del corrispettivo, sia in Francia che in Italia, è sindacabile da parte del giudice non in quanto tale, ma perché influenzato dall'omessa informazione di un fatto determinante del consenso (o per le ragioni di cui si è detto sopra). Un fatto da apprezzarsi con riguardo non già a qualsivoglia aspetto – e di certo non mera-

mente interno alla parte – ma all'oggetto della prestazione, al contenuto del contratto o alle qualità delle parti<sup>41</sup>.

L'art. 1112-1, 4° comma, c.c. precisa che chi si ritenga destinatario mancato di un'informazione ha l'onere di provare che la controparte era tenuta a fornirla. Su quest'ultima grava, invece, la prova di aver fornito l'informazione.

### (Segue). Sproporzione e tutele

Naturalmente, spingendo oltre il discorso, la misura dello scambio è censurabile anche al di là dell'omessa o falsa informazione, come nei casi della rescissione o dell'usura in concreto, laddove vi è, per ragioni diverse, un perturbamento della volontà di un contraente. Perturbamento che comporta un lucro sproporzionato. Da qui la necessità di una tutela consistente nell'eliminazione degli effetti del contratto (artt. 1447-1448) o della singola clausola (art. 1815, 2° comma, c.c.), ovvero nella correzione del contratto rescindibile (cfr. art. 1450 c.c.)<sup>42</sup> o usurario qualora il tasso di interessi di mora sia abnorme<sup>43</sup> o infine – ma oramai in casi limitati per effetto di una discutibile pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite – in ipotesi di usura sopravvenuta<sup>44</sup>. Vanno ricordate anche le regole contenute nell'art. 9 della L. n. 192/1998 sull'abuso di posizione dominante che impongono alle parti un specifico contenuto contrattuale<sup>45</sup>.

Come si sarà notato, la tutela fin qui si muove nell'ambito dei vizi del volere o di fattispecie ben circoscritte dal legislatore, come l'usura, la rescissione, l'incapacità naturale (art. 428 c.c.) in cui vi è una lesione della libertà contrattuale. Ma, secondo un'autorevole dottrina<sup>46</sup>, vi sarebbe

trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto" [corsivo mio]. Il fatto che la Suprema Corte responsabilizzi decisamente le parti (finanche con riguardo ai dati conoscibili con l'ordinaria diligenza), è del tutto coerente con il fondamento del contratto che è l'accordo. È evidente che se le parti ignorano i "dati rilevanti" di quella specifica operazione economica, non vi potrà essere un accordo pieno.

<sup>41</sup> G. Vettori, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Persona e mercato*, 2017, 2, 82-83, rileva, più in generale, "come la ricerca di un rimedio effettivo in tema di squilibrio negoziale sia al centro dell'attenzione del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza. Un coordinamento e un dialogo è allora necessario. Senza rifiuti o aprioristiche chiusure".

<sup>42</sup> E. Gabrielli, *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, 9 e segg., ammette, sulla scorta di una risalente giurisprudenza di legittimità, che l'offerta di riconduzione ad equità del contratto, inserita nel processo quale controdomanda, possa essere generica. In tal caso, l'offerente rimette al giudice la misura dell'intervento correttivo.

<sup>43</sup> A. Benussi, *Interessi moratori ed usura: trattamento equitativo per chi applica tassi usurari?*, in *Persona e mercato*, 2017, 3, 21 e segg., critica con buone ragioni la sentenza del tribunale di Roma, 16 novembre 2016, la quale accosta l'interesse di mora alla clausola penale, con conseguente applicazione estensiva dell'art. 1384 c.c. L'Autore, invece, dopo aver criticato anche altre soluzioni, giunge a ritenere che, qualora l'interesse moratorio superi il tasso soglia, "nessun interesse sia dovuto, esattamente come accade quando la soglia è superata dal (solo) interesse corrispettivo" (27).

<sup>44</sup> Cass., Sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24675, in *www.cassazione.net.*, nega che con riguardo ai due casi di usura sopravvenuta (*id est*: contratti conclusi prima della L. n. 108/1996 e contratti conclusi successivamente a quest'ultima con tassi di interesse divenuti usurari nel corso dell'esecuzione del contratto) possa essere predicata la nullità o l'inefficacia *ex nunc* della clausola, con conseguente sostituzione

automatica ai sensi dell'art. 1419, 2° comma, c.c. Le Sezioni Unite aggiungono anche che l'illiceità del pagamento della rata al tasso di interesse diventato usurario non possa essere desunta neppure dal canone della buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). Qui la motivazione è fine: "la buona fede è criterio di integrazione del contenuto contrattuale rilevante ai fini "dell'esecuzione del contratto" stesso (art. 1375 c.c.), vale a dire della realizzazione dei diritti da esso scaturenti. La violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti scaturenti dal contratto, bensì nelle particolarità di tale esercizio in concreto, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso. In questo senso può allora affermarsi che, in presenza di particolari modalità o circostanze, anche la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca successiva alla loro pattuizione potrebbe dirsi scorretta ai sensi dell'art. 1375 cod. civ. [corsivo mio]; ma va escluso che sia da qualificare scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente a un diritto validamente riconosciuto dal contratto". Insomma, secondo le Sezioni Unite, il fatto che l'interesse previsto dal contratto di mutuo sia diventato usurario in conseguenza dell'abbassamento sopravvenuto del tasso soglia non rende illecita la previsione contrattuale. Il che pare davvero discutibile, perché un contratto ad esecuzione periodica non può, proprio per la sua struttura, essere cristallizzato, altrimenti si rischia di creare uno scollamento tra il contratto medesimo e l'ordinamento giuridico come si è evoluto nel tempo. In altri termini, il contratto, nell'ottica delle Sezioni unite, diventa un fatto sottratto alla valutazione giuridica, se non per quanto attiene all'ambito applicativo dell'art. 1375 c.c. (cfr. A. Genitili, *La nullità, in I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Milano, 2006, 1450).

<sup>45</sup> Ne dà conto in modo limpido e innovativo M. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 171-172, svolgendo un confronto convincente con alcune disposizioni del t.u. b., che "preparano il terreno per una scelta di autonomia privata, nel rispetto della varietà dei contenuti e delle preferenze individuali".

<sup>46</sup> P. Perlingieri, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto*



spazio argomentativo per slegare il controllo sul corrispettivo dai vizi del consenso (e dalle altre norme di fattispecie), attraverso il riconoscimento della valenza sistematica del principio costituzionale di proporzionalità<sup>47</sup>. Dal quale si possono trarre ragioni per tutelare chi abbia concluso un contratto a condizioni decisamente sfavorevoli, ma con volontà non viziata né turbata dalla sussistenza di uno stato di bisogno o di una dipendenza dall'altro.

Secondo quest'impostazione, il controllo sull'equilibrio negoziale, che non mira all'equivalenza delle prestazioni, realizza un interesse generale<sup>48</sup>; si pensi a quella giurisprudenza sulla riducibilità d'ufficio della clausola penale<sup>49</sup> o sulla nullità, totale o parziale, della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva<sup>50</sup>. Il principio in parola è il baluardo contro le sproporzioni eccessive, il cui rimedio sarebbe la riduzione a proporzione<sup>51</sup>, oppure la nullità (sia pur con qualche dubbio) nello specifico ambito del patto marciano – oggetto di interventi legislativi<sup>52</sup> – afflitto da una sproporzione genetica<sup>53</sup>.

Ad ogni modo, le condizioni assai sfavorevoli in cui una parte abbia concluso il contratto dipendono soprattutto da una ridotta capacità di autodeterminarsi o dalla mancanza di informazioni di cui la controparte abbia approfittato. Ed in entrambi i casi, l'ordinamento italiano offre protezione.

C'è un altro aspetto della riforma francese che merita una sottolineatura. Il legislatore ha stabilito che il dovere di informazione non può essere né escluso né limitato (art. 1112-1, 5° comma, c.c.), dunque la relativa disposizione ha natura imperativa. Inoltre, sotto il profilo rimediabile, si prevede che, in caso di omessa informazione, è disponibile non soltanto l'azione risarcitoria, ma anche l'annullamento del contratto alle condizioni previste dagli artt. 1130 e segg. c.c. sui vizi del consenso (art. 1112-1, 6° comma, c.c.).

Si può allora rilevare come il confine tra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità sia talvolta piuttosto sottile. Una scorrettezza precontrattuale che consti nell'omessa informazione di un fatto determinante, da un

lato, finisce col giustificare la conformazione del contenuto del contratto attraverso il risarcimento, dall'altro può essere il sostrato del dolo (*amplius infra* § 7) o dell'abuso dello stato di dipendenza e cagionare l'invalidità del contratto.

Se si ampliano i vizi del volere, com'è avvenuto con la riforma francese, si riduce la distanza tra le regole di comportamento e quelle di validità. Mentre in Italia l'omessa informazione rilevante per la conclusione del contratto fonda tendenzialmente, salvo diversa disposizione di legge, solo un'azione risarcitoria, in Francia l'ambito rimediabile è più esteso. Ciò in quanto il legislatore, da un lato, ha codificato il dolo omissivo (art. 1137, 2° comma, c.c.), dall'altro, ha riconfigurato la violenza, introducendo la fattispecie elastica dello stato di dipendenza (art. 1143 c.c., su cui *amplius infra* § 11).

### L'errore sul motivo e la presupposizione

La scelta italiana e francese di contenere la rilevanza giuridica dell'errore è funzionale, da un lato, a giustificare ragionevolmente l'estensione alla controparte (non in errore) del rischio dell'annullamento dell'atto, dall'altro, a collocare i motivi personali della contrattazione su un piano di irrilevanza. Un'irrilevanza che permane anche se l'errore su circostanze esterne al programma negoziale<sup>54</sup> sia stato determinante del consenso e persino se noto alla controparte. Salvo che, in quest'ultima ipotesi, sia configurabile, come si diceva, una responsabilità precontrattuale per contrarietà a buona fede (art. 1337 c.c.)<sup>55</sup>, oppure la fattispecie del dolo.

I motivi soggettivi, quelli individuali, sono irrilevanti perché non penetrano nel contenuto del contratto, rimanendo nella sfera volitiva interna della parte e perciò inaccessibili alla controparte. Ma i motivi possono diventare essenziali per il regime del contratto, qualora essi perdano la connotazione squisitamente soggettiva e unilaterale, oggettivandosi e divenendo comuni<sup>56</sup>. In tal caso viene in rilievo la presupposizione, tecnica di tutela di matrice tedesca, accol-

*processo civile*, 2011, 1, 20-23, indica diversi articoli del codice civile, della legislazione e della Costituzione da cui trarre il principio generale della proporzionalità. L'illustre Autore aveva già ampiamente affrontato questo difficile tema nel saggio intitolato "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", in *Rass. Dir. Civ.*, 2001, 2, 334 e segg. *Contra*: A. Cataudella, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 4, 747 e segg. e E. Del Prato, *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, cit., 408.

<sup>47</sup> Questo è il punto decisivo e innovativo del saggio di P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., 349 e segg.

<sup>48</sup> P. Perlingieri, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, cit., 223.

<sup>49</sup> Cass., 24 settembre 1999, n. 10511 e Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, entrambe in *Leggi d'Italia on line*. Secondo P. Perlingieri, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, cit., 224, "si profila l'adeguamento (secondo proporzione) della clausola penale irrisoria, talvolta elusiva del divieto dell'esonerazione di responsabilità (art. 1229 c. c.); si ammette il potere di correzione giudiziale in tema di imposizione di condizioni inique nei rapporti di dipendenza economica; si prospetta, in tema di ipoteca, l'applicazione dell'art. 2873, 2° comma, c.c., anche nella fase genetica del rapporto, "considerando sempre immeritevole una ipoteca di valore sperequato rispetto al debito".

<sup>50</sup> Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, in *Leggi d'Italia on line*.

<sup>51</sup> P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., 356.

<sup>52</sup> A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1, 10 e segg.;

G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciari*, Torino, 2017; S. Pagliantini, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48-bis t.u.b.*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 931 e segg.; R. Grimaldi, *Il patto marciano tra funzione di garanzia e funzione solutoria*, in *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, a cura di G. Perlingieri e F. Lazzarelli, Napoli, 2018, 355 e segg.

<sup>53</sup> S. Pagliantini, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *Giur. It.*, 2017, 7, 1715 e segg., con riguardo alla complessa questione del rimedio applicabile al patto marciano sproporzionato fin dalla sua genesi, analizza le diverse tesi prospettate e prospettabili, propendendo, sulla scia delle opinioni di Pietro Perlingieri (sulla proporzionalità quale principio cardine del sistema delle garanzie reali) e di Angelo Luminoso (con riguardo a una *datio in solutum* iniqua), per la illiceità del patto marciano originariamente sperequato.

<sup>54</sup> P. Barcellona, voce "Errore", cit., 265.

<sup>55</sup> V. Roppo, *Il contratto*, cit., 734, rileva come dall'obiettività degli elementi oggetto dell'errore, si desuma l'irrilevanza dell'errore sui motivi, i quali, attenendo ad elementi esterni al contratto e collegandosi a questo "solo per un nesso soggettivo" non possono influire sulla validità dello stesso.

<sup>56</sup> V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 503, definisce sinteticamente la presupposizione "come il motivo comune del contratto", distinguendola dall'errore bilaterale. Il motivo comune, in quanto tale, consiste, "sotto il profilo sostanziale, nella rappresentazione di una realtà che sia per sé idonea a provocare un conflitto di

ta da tempo dalla giurisprudenza italiana, atta a far emergere l'interesse obiettivo posto dalle parti a fondamento del contratto.

Attraverso la presupposizione si coglie la giuridicità non già di un motivo interno alla sfera psichica di una sola parte contrattuale, ma di una determinata situazione di fatto o diritto (passata, presente o futura) che, seppur non esplicitata nelle clausole contrattuali, sia stata ritenuta da entrambi i contraenti decisiva per la conclusione del contratto<sup>57</sup>. Di conseguenza, la sua mancanza (originaria) – cosiddetta falsa presupposizione – incide sulla validità (nullità/annullabilità)<sup>58</sup> del contratto o, secondo la giurisprudenza più recente e parte della dottrina<sup>59</sup>, sull'efficacia dello stesso attraverso il recesso o, per altra prospettazione ancora, la risoluzione<sup>60</sup>.

Non manca nel diritto italiano il fondamento normativo della presupposizione<sup>61</sup>, ma va sottolineato come il *code civil* preveda una disposizione espressa sul motivo e in particolare su quello determinante. L'art. 1135, 1° comma, c.c. stabilisce che “L'errore su un semplice motivo, (...), non è causa di nullità, salvo che la parti non ne abbiano fatto espressamente un elemento determinante del loro consenso”. La disposizione è di particolare interesse perché supera la tassatività delle ipotesi di errore, chiarendo come il motivo comune determinante penetri nella struttura del contratto, giustificandone la nullità qualora sia stato falsamente presupposto.

Nel diritto italiano tale fattispecie andrebbe ricondotta, come si diceva, più alla presupposizione che alla causa in concreto (ma il *discrimen* non è poi così netto)<sup>62</sup>; pertanto, come è stato autorevolmente affermato<sup>63</sup>, “l'inesistenza della situazione di fatto, o il suo venir meno, saranno incompatibili con l'efficacia del contratto”.

Il codice civile si occupa espressamente del motivo nel

titolo II sui contratti in generale del libro IV, solo quanto alla sua illiceità (art. 1345 c.c.); più compiutamente ne tratta con riguardo al testamento (artt. 624, 2° comma e 626 c.c.) e alla donazione (artt. 787-788 c.c.), attribuendogli rilievo ove sussistano due presupposti concorrenti: a) il motivo deve risultare dalla donazione (o dal testamento) e; b) deve essere stato il solo ad aver determinato il donante (o il testatore) a compiere la liberalità (o la disposizione testamentaria). In tal caso la donazione (o la disposizione testamentaria) è annullabile.

Mantenendo il discorso sulla donazione, va ricordato che il presupposto sub a) non esige che nell'atto vi sia una dichiarazione formale del motivo della liberalità; è sufficiente che il “motivo emerga, comunque, dalla dichiarazione di donazione”<sup>64</sup>, così che il donatario ne abbia conoscenza. La risultanza dall'atto deve essere oggettiva; deve riguardare una realtà di fatto, non costituendo motivo il mero auspicio del donante<sup>65</sup> e la fonte di interpretazione deve essere esclusivamente la dichiarazione. Se ne deduce, secondo un'autorevole dottrina<sup>66</sup>, l'inapplicabilità del requisito della riconoscibilità, il quale, secondo la disposizione generale, dipende da più criteri quali il contenuto, le circostanze del contratto e la qualità dei contraenti (art. 1431 c.c.).

L'art. 787 c.c. protegge, da un lato, il donante, giacché è la causa liberale della donazione a giustificare la rilevanza dei motivi (determinanti); dall'altro, proprio quale contraltare della rilevanza accordata ad un motivo soggettivo ma risultante dall'atto, si tutela il donatario, perché è ragionevole che quest'ultimo subisca l'annullamento della donazione solo a fronte di un motivo che egli ben conosceva (principio dell'affidamento). Il motivo non è puramente soggettivo, ma si oggettivizza nel testo della donazione, divenendone la giustificazione; tant'è che un

interessi fra le parti”. Si può dire, quindi, che la presupposizione si sostanzia in un errore sull'esistenza del conflitto di interessi che si crede di aver composto con il contratto. Di conseguenza, chi invoca la presupposizione non deve provare la riconoscibilità (523).

<sup>57</sup> Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, 11, 11177, con nota di F. Azzarri, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*.

<sup>58</sup> V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 513, nel caso di falsa presupposizione della realtà comune ad entrambe le parti, ricava dall'intero sistema, l'annullabilità del contratto per falsa presupposizione.

<sup>59</sup> C.M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000, 467; F. Macioce, *La presupposizione*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa-Bessone, Torino, 1991, 538. Esprime perplessità sulle tesi del recesso F. Azzarri, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili*, cit., 6-7 (versione in *Leggi d'Italia on line*). Per un approfondimento cfr. C. Camardi, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.

<sup>60</sup> R. Sacco, *Il contratto*, Milano, 2016, 531, rileva esattamente che la presupposizione pone un problema “di interpretazione del contratto, ossia di ciò che le parti hanno significato e pensato, di ciò che hanno tenuto presente senza menzionarlo”.

<sup>61</sup> L'art. 1467 c.c., prevedendo la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, attribuisce rilevanza all'imprevisione. Da qui la possibilità di applicare analogicamente questa disposizione in altri casi simili (anche se qui, più esattamente, secondo C. M. Bianca, *Il contratto*, cit., 464, vengono in luce i presupposti generali, mentre, invece, “il problema della presupposizione attiene piuttosto ai presupposti specifici del contratto”). Inoltre, rileva R. Sacco, *Il contratto*, cit., 533: “la soggezione del contratto all'interpretazione di buona fede può dare risalto al motivo condizionante implicito noto alla controparte,

tale per cui la controparte non può secondo buona fede prescindere, le conseguenze equitative del contratto possono coinvolgere una regola di adattamento delle obbligazioni al mutare delle circostanze, anche soggettive, delle parti”. Con quest'ultima frase l'Autore sembra aprire all'integrazione del contratto, quale rimedio alternativo all'inefficacia.

<sup>62</sup> Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, cit.

<sup>63</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 533.

<sup>64</sup> A. Torrente, *La donazione*, Milano, 1956, 548, rileva lucidamente che opinando diversamente – cioè pretendendo una dichiarazione formale nell'atto pubblico di donazione – si escluderebbe l'applicabilità dell'art. 787 c.c. alle donazioni manuali (art. 783 c.c.). In giurisprudenza cfr. Cass., 19 ottobre 2005, n. 20189, in *Leggi d'Italia on line*, la quale conferma la pronuncia della Corte d'appello di Bari secondo cui dalla dichiarazione donativa della cedente la nuda proprietà dell'immobile non poteva trarsi quale fondamento della donazione la certezza che i coniugi donatari “sarebbero stati giuridicamente obbligati ad assisterla in futuro”. È sufficiente, quindi, che il motivo della donazione sia ricavabile dall'interpretazione del contratto, senza che occorra un'espressa dichiarazione contrattuale del motivo per cui si dona.

<sup>65</sup> Cass., 19 ottobre 2005, n. 20189, cit., conferma l'irrelevanza del motivo della donazione addotto dalla donante, perché esso “non riguarda la realtà di fatto, ma la valutazione che delle intenzioni e dei sentimenti altrui ha fatto la donante, trattandosi [perciò] di un motivo puramente soggettivo”. In sostanza la donazione era stata effettuata non in ragione di un errore sull'esistenza di un obbligo giuridico dei donatari di assistenza della donante, ma soltanto nella speranza – poi delusa – che i coniugi donatari avrebbero continuato ad occuparsi della donante. La Suprema Corte parla di “errore emotivo” giuridicamente irrilevante.

<sup>66</sup> A. Torrente, *La donazione*, cit., 548.

errore sull'esistenza di esso determina l'invalidità della liberalità.

La disciplina italiana dell'errore sul motivo della donazione bilancia, quindi, con equilibrio, la tutela del donante con quella del donatario.

Si noti che il codice francese attribuisce una maggiore rilevanza al motivo donativo, slegandolo dal formalismo. L'art. 1135, 2° comma, c.c. stabilisce che "Tuttavia l'errore sul motivo di una liberalità, in assenza del quale il suo autore non avrebbe disposto, è una causa di nullità". Così disponendo, si tutela più intensamente la sfera giuridica di chi abbia compiuto la liberalità su un presupposto errato. L'attività interpretativa del giudice potrà attingere anche da elementi esterni al contratto di donazione. Invece, come si diceva, il giudice italiano trae la rilevanza del motivo soltanto dalla dichiarazione contrattuale del donante.

### **Il dolo: raggiri, silenzio, menzogna e il dovere di informare**

Il termine "raggiri", adoperato dall'art. 1439 c.c. per circoscrivere la fattispecie del dolo, evoca in prima battuta una trama caratterizzata da un artificio di parole e da condotte volte intenzionalmente<sup>67</sup> a ingannare la controparte, inducendola a concludere un contratto.

Stando al tenore letterale della disposizione, non vi è dubbio che la macchinazione, cioè "l'artificiosa predisposizione di *segni esteriori* che offrono una falsa rappresentazione della realtà"<sup>68</sup> (errore indotto), integri dolo. Vi sono, però, condotte meno gravi della macchinazione, come la menzogna e la reticenza (o dolo omissivo), della cui rilevanza giuridica ancora oggi si discute in Italia.

Il *code civil*, diversamente, non impiega il lemma raggiri, indicando più opportunamente i fatti che lo integrano. "Manoeuvres" (manovre) o "mensonges" (menzogne) sono i termini che compaiono nell'art. 1137, 1° comma, del *code*. Essi evocano condotte commissive che implicano un'interlocuzione tra le parti del contratto, funzionale all'inganno per "*obtenir le consentement de l'autre par*".

Ma il *code civil* non si ferma qui nell'individuazione degli strumenti del dolo, attribuendo espresso rilievo, diversamente dal codice civile italiano (almeno in termini generali), alla condotta omissiva. L'art. 1137, 2° comma, c.c. sta-

bilisce, con una disposizione innovativa, che "costituisce ugualmente dolo *l'occultamento intenzionale (dissimulation intentionnelle)* a uno di contraenti di una informazione che egli sappia avere carattere determinante per l'altra parte".

Giustamente il legislatore francese ha accolto l'idea, non certo estranea alla dottrina italiana, che il dolo possa scaturire semplicemente da un'omessa informazione che l'autore della condotta sappia essere determinante per la decisione della controparte di concludere il contratto.

In Italia, invece, a causa della lettera dell'art. 1439, 1° comma, c.c., si è discusso a lungo sul rilievo giuridico sia della menzogna, ossia dell'affermazione del falso o della negazione del vero, sia soprattutto del silenzio (o reticenza) di una parte a danno dell'altra<sup>69</sup>. Sul dolo omissivo, un'acuta dottrina<sup>70</sup> ha rilevato come, sebbene manchi una norma espressa che gli attribuisca rilievo giuridico, vi sono due disposizioni utili a dare fondamento all'annullabilità del contratto a causa di un'omissione. Una è l'art. 1892 c.c. sulle conseguenze invalidanti delle omesse dichiarazioni da parte dell'assicurato in fase di trattativa. L'altra è l'art. 1337 c.c. da cui dovrebbe desumersi, come si diceva, un dovere generale di informare la controparte sulle circostanze fondamentali della contrattazione. Approfitarsi di siffatte circostanze equivale ad ingannare, con conseguente annullabilità del contratto per dolo omissivo.

Sarebbe l'art. 1337 c.c., nel pensiero della dottrina *de qua*, a rendere rilevante il nesso causale tra l'omissione e la falsa rappresentazione della controparte (il *deceptus*)<sup>71</sup>. L'art. 1892 c.c. è una mera specifica espressione del dovere generale di informazione, come pure lo è l'art. 22 del codice del consumo che disciplina le omissioni ingannevoli nelle pratiche commerciali. Quindi, se informare è un dovere giuridico, ingannare su circostanze fondamentali mediante omissione integra raggiri, sanzionato con l'invalidità del contratto.

Va sottolineato come dopo la tesi di Rodolfo Sacco vi sia stata, da un lato, una crescita costante dell'utilizzo da parte della giurisprudenza del principio di buona fede come "creatore di doveri" a prescindere da specifici obblighi contrattuali<sup>72</sup>, dall'altro, una sempre maggiore attuazione legislativa del medesimo principio in specifici settori, al fine di riequilibrare asimmetrie informative. Con riguardo a quest'ultima tendenza, la dottrina<sup>73</sup> e la giurisprudenza<sup>74</sup>

<sup>67</sup> Secondo l'opinione corrente in dottrina e in giurisprudenza (Cass., 23 giugno 2009, n. 14628 e Cass., 11 luglio 2014, n. 16004, tutte in *Leggi d'Italia on line*), uno dei presupposti del dolo è l'intenzionalità del raggiri, ossia la coscienza e volontà di ingannare la controparte. Non integrerebbe dolo l'inganno involontario, cioè quello puramente colposo (*contra* R. Sacco, *Il contratto*, cit., 537, il quale equipara, sulla base di considerazioni di sistema, il raggiri intenzionale al raggiri colposo, argomentando dal fatto che il raggiri, oltre che vizio della volontà, è anche illecito civile, perciò diventa rilevante anche la colpa prevista dall'art. 2043 c.c.; anche V. Roppo, *Il contratto*, cit., 766-767, ammette la rilevanza dell'inganno colposo, ma Egli preferisce argomentare dall'art. 1892, 1° comma, c.c. valorizzando così la colpa grave e comunque invita alla prudenza per evitare un impiego spropositato del dolo).

<sup>68</sup> V. Roppo, *Il contratto*, cit., 761.

<sup>69</sup> Ampia è la bibliografia, ma si veda almeno G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972; C. Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005.

<sup>70</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 548.

<sup>71</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 550, prima della giurisprudenza della

Cassazione della fine del secolo scorso, aveva già ricavato l'obbligo di informare dall'art. 1337 c.c. Egli afferma senza esitazioni che "Se [un contraente] conosce il dato A, e constata che la controparte si inganna, deve avvertirla. L'illustre studioso pone un limite: non esiste un dovere generale "di ricercare i dati che possono influire sul consenso contrattuale della controparte (...). Il contraente in colpa non è responsabile di fronte alla controparte in colpa. Ma il contraente in mala fede è responsabile di fronte alla controparte sprovveduta" (549).

<sup>72</sup> V. Roppo, *Il contratto*, cit., 765. In giurisprudenza cfr: Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 (caso Fiuggi), in *Foro It.*, 1995, I, 1296 e segg., con nota di C. M. Barone; Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855 (locazione), in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 6 agosto 2008, n. 21250 (recesso dal contratto di conto corrente), in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, (recesso *ad nutum* in un contratto di concessione di vendita), in *Contratti*, 2010, I, 5 e segg., con nota di G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*.

<sup>73</sup> S. Pagliantini, *L'incerto incidere del formalismo di protezione tra usi e abusi*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 2, 299 e segg., (versione in *Leggi d'Italia on line*).

<sup>74</sup> Cass., ord. 27 aprile 2017, n. 10447, in *Contratti*, 2017, 4, 393 e

hanno parlato di “forma informativa” o di “formalismo di protezione”, ossia di una nuova funzione della forma, la quale, con riguardo ai contratti asimmetrici e rischiosi, tutela la libertà contrattuale di quella parte in posizione di strutturale debolezza rispetto all'altra.

La protezione avviene, talvolta, attraverso l'integrazione del contratto. L'informazione fornita nella fase precontrattuale penetra *ex lege* nel contenuto del contratto (art. 38, 2° comma, codice del turismo, artt. 49, 5° comma e 72, 4° comma, codice del consumo), al fine di rendere effettiva la libertà, la consapevolezza del volere e la tutela. Altre volte, come nelle operazioni di investimento, la forma scritta del contratto-quadro è funzionale a veicolare la regolamentazione del rapporto al cliente, nel cui esclusivo interesse è prevista la nullità (art. 23, 3° comma, t.u.f.)<sup>75</sup>.

Queste disposizioni attuano una precisa scelta di *policy*: chi nella contrattazione è privo di informazioni deve essere protetto, per così dire “a monte” del contratto, così da garantire l'effettività dell'accordo. Al pari della “nullità di protezione” si discorrere, dunque, di una “forma di protezione”<sup>76</sup>, la cui disciplina non può che essere diversa da quella riguardante la forma del codice civile<sup>77</sup>.

Vero è che qualora manchi la regola di dettaglio, vi è il problema del limite del dovere di informazione. Il *code civil* indica dei criteri: l'informazione deve essere determinante affinché l'altra parte presti il consenso e deve avere quale oggetto il contenuto del contratto o la qualità delle parti (art. 1112-1 c.c.). “*Une information déterminant*” va fornita, altrimenti il contratto è nullo alle condizioni stabilite dagli artt. 1130 e seguenti del *code civil*, laddove è espressamente disciplinato il dolo omissivo (art. 1137, 2° comma, c.c.).

Insomma, il codice francese instaura un chiaro collegamento tra informazione determinante, omessa informazione e nullità del contratto.

Nel diritto italiano non siamo a questo punto, soprat-

tutto se si esamina la giurisprudenza della Cassazione. Vi è un orientamento che, in definitiva, finisce per negare che il semplice silenzio ingannatore possa determinare l'invalidità del contratto. Il dolo omissivo quale causa di annullamento “non è integrato dal silenzio o dalla reticenza, richiedendosi (...) che il comportamento passivo si inserisca in una condotta configurabile, nel complesso, quale malizia o astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito. [Occorre che il *deceptor* determini, n.d.r.] un'alterazione nella rappresentazione delle situazioni determinanti sulla formazione del consenso della controparte, al fine di coartarne la libera determinazione. Per contro *il semplice silenzio, anche su situazioni di interesse della controparte, e la reticenza non immutano la rappresentazione della realtà, ma si limitano a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente*” [corsivo mio]<sup>78</sup>.

Due aspetti vengono in rilievo: 1) il mero silenzio non è sufficiente, richiedendosi che la condotta ingannevole sia più complessa; 2) la condotta deve immutare la realtà prefigurata dalla controparte e tale esito non sarebbe raggiunto dal semplice silenzio<sup>79</sup> (e perché?). Un'attenta dottrina<sup>80</sup> ha contrastato questa impostazione, argomentando dall'art. 1892 c.c. (sul rilievo delle omissioni dell'assicurato), contenente una disposizione reputata espressione del generale principio di buona fede nelle trattative (art. 1337 c.c.).

Ad ogni modo, è evidente che la Suprema Corte sia preoccupata di salvaguardare la forza di legge del contratto (art. 1372 c.c.) e la sicurezza della circolazione dei diritti, la quale verrebbe pregiudicata da pretestuose invalidità negoziali basate su una qualsiasi mancata informazione. Esigenze, queste, di indubbio rilievo, ma che non possono essere garantite se una parte abbia ingannato l'altra attraverso il silenzio su una circostanza che risulta, sulla base del testo e del contesto del contratto (circostanze oggettive, qualità essenziali), determinante per la sua conclusione<sup>81</sup>. Altri-

segg., con nota di D. Maffei, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, rimette la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite della seguente questione di massima importanza: se l'art. 23, 1° comma, t.u.f. imponga la sottoscrizione *ad substantiam* del contratto quadro di investimento anche da parte dell'intermediario. La Suprema Corte lascia intendere la sua preferenza per la tesi negativa, in ragione della finalità della prescrizione normativa sulla forma di cui all'art. 23, 1° comma, cit.; una finalità diversa da quella che sta a fondamento dell'obbligo di forma *ad substantiam* per i contratti del codice civile, che postulano la parità delle parti (art. 1350 c.c.). La norma del t.u.f. persegue il “fine di assicurare la piena e corretta trasmissione delle informazioni al cliente, nell'obiettivo della raccolta di un consenso consapevole alla stipula del contratto”. In altra parte della pronuncia, si afferma, in termini generali, che il fine precipuo della “formalità di protezione” è di “proteggere lo specifico interesse del contraente “debole” a comprendere ed essere puntualmente e compiutamente informato su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale”. Ora poiché la banca non è il contraente destinatario di tale protezione, la Cassazione afferma che il consenso della banca può risultare anche da forme diverse da quella scritta, ossia da comportamenti concludenti quali ad esempio “la predisposizione del testo contrattuale, la raccolta della sottoscrizione del cliente, la consegna del documento negoziale o l'esecuzione del contratto medesimo *ex art. 1327 cod. civ.*”. In questo senso già Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, in *Leggi d'Italia on line*. Sebbene queste due pronunce fossero isolate, Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Leggi d'Italia on line*, accoglie giustamente tale orientamento. Ivi si sottolinea il passaggio dal concetto (fatto

proprio dal codice civile) di forma quale elemento strutturale del contratto all'idea della forma funzionale a veicolare alla parte debole (il cliente della Banca) il contenuto del contratto. In dottrina, S. Pagliantini, *L'incerto incidere del formalismo di protezione tra usi e abusi*, cit. 3 e segg. (versione in *Leggi d'Italia on line*) aveva già argomentato questa tesi con riguardo al credito ai consumatori.

<sup>75</sup> Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit. S. Pagliantini, *L'incerto incidere del formalismo di protezione tra usi e abusi*, cit., 3, afferma che nei contratti bancari, “la *ratio* della forma protettiva si condensa tutta in una documentazione informativa a protezione del cliente”.

<sup>76</sup> Cass., ord. 27 aprile 2017, n. 10474, cit.

<sup>77</sup> Cass., ord. 27 aprile 2017, n. 10474, cit.

<sup>78</sup> Così Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Contratti*, 1995, 2, 205. Ma anche Cass., 15 marzo 2005, n. 5549, in *Contratti*, 2005, 10, 892 e Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Contratti*, 2007, 1, 17.

<sup>79</sup> La Cassazione (sentenza n. 9253/2006, cit.) aggiunge anche che l'attore deve dedurre almeno un “elemento concreto dal quale potersi evincere che, qualora egli avesse conosciuto le circostanze [del caso], non avrebbe concluso il contratto o avrebbe comunque preteso di stipulare a condizioni diverse”.

<sup>80</sup> F. Galgano, *Il contratto*, Padova, 2007, 328, aderendo al pensiero espresso da Giovanna Visintini nella Sua monografia sulla reticenza (cit. *supra*), afferma che “Il dolo omissivo dovrà considerarsi causa di annullamento del contratto ogni qualvolta, date le circostanze, si deve ritenere che il contraente avesse l'obbligo di informare l'altra parte”. Analogamente C. A. Funalioli, voce “Dolo”, in *Enc. Dir.*, 1964, 745, il quale aggiunge anche “il complesso del contegno che determina l'errore”.

<sup>81</sup> F. Galgano, *Il contratto*, cit., 330, isola due problemi fondamen-

menti si vanifica il principio della libertà contrattuale, la cui salvaguardia poggia soprattutto sul dovere di informazione.

La certezza del diritto non è un valore che può imporsi a prescindere dalla giustizia del caso concreto<sup>82</sup> e dall'applicazione dei principi fondamentali del contratto.

Se il silenzio deve essere compreso tra le condotte integrative del raggirò, ugualmente – e *a fortiori* – deve ritenersi per le menzogne. Il *code civil* francese, come si ricordava sopra, le prevede espressamente quale strumento di attuazione del dolo. Il diritto italiano non le contempla nella disciplina generale del contratto, ma esse, anche seguendo il pensiero della Cassazione nella parte sopra riportata, costituiscono una tecnica del raggirò. Le menzogne, infatti, non si limitano a lasciare la controparte nell'errore in cui versa ma, alterando la percezione della realtà, ne fuorviano il consenso.

La Corte di cassazione ha affermato, in un *obiter dictum*, che anche le semplici menzogne possono giustificare l'annullamento del contratto, purché esse abbiano avuto un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte<sup>83</sup>. Talvolta però la Suprema Corte aggiunge che il mendacio deve essere accompagnato “da malizie ed astuzie volte a realizzare l'inganno voluto e idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza. [Deve sus-

sistere, n.d.r.], quindi, in chi si proclami vittima, assenza di negligenza o di colpevole ignoranza”<sup>84</sup>.

Si accoglie perciò, almeno in alcune sentenze, una prospettiva inter-relazionale del dolo: le menzogne devono far parte di una strategia di furbizia volta a danneggiare la controparte, la quale, a sua volta, non deve essere stata negligente o colpevolmente ignorante, altrimenti non avrà tutela. Questo aspetto non è di poco conto, postulando l'idea che il dolo sia rilevante solo se idoneo a far cadere in errore una persona sensata<sup>85</sup>.

In verità – è agevole rilevare – il profilo dell'atteggiamento e delle caratteristiche della vittima della condotta scorretta emerge non già nel dolo ma nella violenza (art. 1435 c. c.). Questa differenza di disciplina è, tuttavia, difficilmente giustificabile, tant'è che il legislatore francese ha previsto con riguardo a tutti i vizi del consenso che il loro carattere determinante si apprezzi con riguardo alle “*personnes*” e alle “*circonstances*” in cui il consenso è stato prestato (art. 1130, 2° comma, c.c.).

Il giudice italiano deve certamente prestare massima attenzione alle particolarità del caso concreto. Se da un lato è corretto affermare che ove il mezzo ingannevole non avrebbe tratto in errore una persona di ordinaria diligenza, se ne presume la sua non influenza sul consenso, anche se il dolo provenga da un terzo<sup>86</sup>. Dall'altro, però, questa presunzio-

tali della reticenza: 1) l'individuazione del “punto di equilibrio fra dovere di informazione e diritto al riserbo”; 2) indicazione del “confine fra il dovere di informazione gravante su una parte e l'onere di autoinformazione incombente sull'altra”. Entrambi vengono tratti, com'è nello stile dell'illustre Autore, da casi giurisprudenziali. I quali insegnano come la mera omissione intenzionale di una circostanza fondamentale possa essere causa di annullabilità del contratto per dolo.

<sup>82</sup> P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 51 e segg., intitola il terzo capitolo “Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto”, spiegando in che senso l'incertezza dell'epoca pos-moderna sia un valore. Egli rileva come la certezza del diritto sia un principio che si inquadra nella “strategia mitizzatoria moderna”, incentrata sullo Stato quale unico produttore del diritto. Da qui la certezza che necessariamente promana dalla legge, il cui contenuto non deve essere interpretato, ma obbedito (“fissità di un testo, sua conoscibilità, sua chiarezza”). Ma questa certezza, conseguente all'assolutismo giuridico, da un lato, elude completamente il problema della giustizia del contenuto della norma di legge (suggestiva è l'immagine grossiana della legge come sacario), dall'altro, immobilizza il diritto sganciandolo dal divenire socio-economico. Se a partire dal Novecento il diritto si riappropria sempre più della sua essenza ordinante, se i fenomeni sociali diventano più complessi, se la scienza e la tecnica giungono a nuovi approdi, non deve stupire se la giurisprudenza motivi una soluzione del tutto nuova o muti il proprio orientamento. Quando ciò accade, non può essere evocata *sic et simpliciter* la violazione del valore della certezza del diritto. Il punto è un altro: è se il giudice abbia ben argomentato all'interno dello spazio complesso delle fonti del diritto, così che la sua decisione possa costituire un progresso del diritto meritevole di apprezzamento. Semmai, come afferma Grossi, l'incertezza costituisce “il prezzo naturale da pagare per il recupero di una dimensione giuridica che sia veramente diritto, cioè realtà ben più complessa e variegata di un mero specchio della legalità legale, più ravvicinata a un insopprimibile modello giustiziale” (66). Su questa linea si pone P. Perlingieri, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, cit., 20-23, il quale constata, sotto un aspetto specifico, “la crisi del mito della certezza che da sempre connota i termini di prescrizione”; ciò a tutto vantaggio di una maggiore comprensione del caso concreto in cui entra, in particolare con riguardo all'*exordium praescriptionis*, la valutazione sia dell'ordinaria diligenza del soggetto danneggiato sia della “comune esperienza che è, al tempo, ragionevole attendersi”. Significativa è sul punto la giurisprudenza sia della Corte di Giustizia che della Corte di

Cassazione, laddove si ragiona di irragionevolezza di un termine di decadenza legale e di rilevanza delle condizioni soggettive del titolare del diritto. Cfr. anche N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 4, 1115 e segg.

<sup>83</sup> Cass., 23 giugno 2015, n. 12892, in *Leggi d'Italia on line*, afferma che “a produrre l'annullamento del contratto non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, ma sono necessari artifici o raggiri, o anche semplici menzogne che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultima”. In senso conforme Cass., 27 ottobre 2004, n. 20792, in *Contratti*, 2005, 6, 566.

<sup>84</sup> In Cass., 23 giugno 2009, n. 14628, in *Leggi d'Italia on line*, si legge che il “*dolus malus* ricorre solo se, tenuto conto delle circostanze di fatto e delle qualità e condizioni dell'altra parte, il mendacio sia accompagnato da malizie ed astuzie idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza” [corsivo mio].

<sup>85</sup> Cass., 27 ottobre 2004, n. 20792, cit., afferma che “costituisce principio pacifico (*ex plurimis*: Cass., n. 257/91; Cass., n. 10718/93) che, 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”.

<sup>86</sup> La disciplina francese del dolo del terzo è simile a quella italiana; entrambe sono attente a salvaguardare la parte contrattuale non destinataria e ignara del raggirò proveniente dal terzo che ha un interesse alla altrui conclusione del contratto. Mentre l'art. 1439, 2° comma, c.c. richiede quale presupposto dell'annullamento del contratto che i raggiri fossero noti (non semplicemente conoscibili) al contraente che ne ha tratto vantaggio, l'art. 1138, 2° comma, c.c. esige un qualcosa in più della semplice conoscenza: la “*connivence*”, cioè la collusione di una parte contrattuale con il terzo. Concettualmente la collusione – che esige un accordo tra i soggetti volto a definire certi aspetti – è diversa dalla semplice conoscenza di un fatto illecito. Il legislatore francese è stato più restrittivo di quello italiano nella costruzione della fattispecie in parola; ciò al fine di salvaguardare maggiormente la tenuta del contratto rispetto alla tutela del *deceptus* (cfr. F. Galgano, *Il contratto*, cit., 326). Quanto al vantaggio di cui all'art. 1439, 2° comma, c.c. rileva V. Roppo, *Il contratto*, cit., 769, che esso va considerato non già come un requisito autonomo della fattispecie,

ne va necessariamente calata nella realtà dei fatti ed è superabile a fronte di particolari circostanze quali, ad esempio, le precarie condizioni di salute del *deceptus*, l'estrema difficoltà dello stesso a reperire informazioni, la sua modesta dotazione culturale e il rapporto di fiducia che aveva con la controparte.

Del resto il mezzo fraudolento di per sé svela poco della sua incidenza sul volere della controparte. Occorre valutare se l'errore indotto dal raggirò abbia determinato la conclusione del contratto o soltanto la misura della prestazione promessa<sup>87</sup>. È questo il piano del nesso di causalità tra gli artifici e l'errore, la cui sussistenza o meno non può prescindere, anche in tema di dolo (non solo della violenza), dalla valutazione della condotta e della persona di chi si ritenga ingannato<sup>88</sup>.

### La violenza: l'ingiustizia del male e il *mal considérable*

La riforma francese del 2016 ha ampliato l'ambito applicativo della violenza. Ampliamento che risulta particolarmente significativo se confrontato con la normativa italiana contenuta negli artt. 1434-1438 del codice civile.

L'art. 1140 c.c., in modo più conciso rispetto all'art. 1435 c.c., stabilisce che "Si ha violenza quando una parte si impegna sotto la pressione di una costrizione (*contrainte*) che le induce il timore di esporre la propria persona, il proprio patrimonio o i propri vicini (*proches*) a un male considerevole (*mal considérable*)".

La maggiore concisione sta nel fatto che l'art. 1435 c.c., con riguardo alla valutazione della credibilità della minaccia, prevede lo standard obiettivo della "persona sensata", ma anche criteri soggettivi, quali l'età, il sesso e la condizione delle persone. Criteri che consentono di passare dal soggetto astratto alla persona in carne ed ossa<sup>89</sup>. Non che per il diritto francese questi aspetti siano irrilevanti, ma, come si diceva, essi sono stati considerati con riguardo a tutti i vizi del consenso (art. 1130, 2° comma, c.c.).

Anche sotto il profilo della natura del male prospettato, la disposizione francese appare più lineare, adottando una

prospettiva più vocata alla fattispecie concreta che non al presupposto giuridico della rilevanza del male minacciato. Mentre l'art. 1140 c.c. qualifica il male con l'aggettivo "considerabile", evocando così una valutazione giudiziale legata alle circostanze del caso specifico e ai principi e alle regole (del mercato, etiche, sociali) che lo governano, l'art. 1435 c.c. adopera il sintagma, non proprio agevole da interpretare, "male ingiusto e notevole". Questa diversità non è irrilevante e su ciò merita soffermarsi.

L'ingiustizia del male minacciato, secondo una prima ricostruzione, rinvia all'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. Si dovrebbe, quindi, ritenere che è ingiusto soltanto quel male minacciato che, se attuato, determinerebbe una responsabilità civile in capo all'autore della condotta. Il male, in altri termini, deve essere prospettato con riguardo alla violazione di un diritto altrui<sup>90</sup>. Così è, ad esempio, nell'ipotesi di minaccia di diffamare o di distruggere la proprietà, laddove il contratto concluso per effetto di essa è senz'altro annullabile.

All'opposto, se il male minacciato non è *ex se* ingiusto, "il contratto [secondo un'autorevole dottrina]<sup>91</sup> resta valido, senza che vi sia spazio per sindacarne il contenuto onde verificare il genere di vantaggi che esso reca all'autore della minaccia". Tale sindacato andrebbe svolto piuttosto nell'ambito della minaccia di far valere un diritto, quale presupposto del contratto (art. 1438 c.c.).

Indubbiamente, quanto più si estende l'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c., tanto maggiore sarà quello dell'art. 1435 c.c.<sup>92</sup> Ma ne consegue che se la fattispecie concreta di minaccia non sia riconducibile alla disposizione sull'illecito aquiliano, si dovrebbe concludere per la liceità della condotta.

Effettivamente, la dottrina italiana maggioritaria è restia a ritenere applicabile l'art. 1435 c.c. se il male minacciato sia impunito dall'ordinamento, perché esso non sarebbe riconducibile al concetto tecnico di ingiustizia<sup>93</sup>.

È stato, tuttavia, sostenuto che l'art. 1435 c.c. è in grado di comprendere anche comportamenti che, pur in sé leciti, integrino ugualmente violenza, divenendo così illegittimi.

ma come una "formula [con] significato neutro, non contenutistico: il vantaggio è, puramente e semplicemente, l'avvenuta conclusione del contratto, a prescindere dal contenuto ed effetti di questo".

<sup>87</sup> Il diritto francese non distingue tra dolo determinante e dolo incidente. Gli artt. 1130, 1° comma e 1131 c.c. stabiliscono che il dolo vicia il consenso, determinando perciò la nullità del contratto, anche quando è di tale natura che, senza di esso, una delle parti "*aurait contracté à des conditions substantiellement différentes*". L'art. 1440 c.c. isola, invece, la fattispecie del dolo incidente, predicandone non già l'annullabilità ma la risarcibilità del danno se il *deceptus*, a causa del raggirò, abbia contratto a "condizioni diverse". Va rilevato che la disposizione italiana non adopera l'avverbio sostanzialmente, tuttavia è ragionevole ritenere che debba comunque venire in rilievo una diversità sostanziale non certo marginale. Secondo R. Sacco, *Il contratto*, cit. 559, "il dolo è determinante quando induce la vittima a procurarsi un bene o un servizio di cui non ha bisogno (o a privarsi di un bene che gli è necessario). Il dolo è incidentale se induce la vittima a promettere, in vista della controprestazione, più di quanto convenisse [ma la divergenza deve essere di una certa consistenza]. Il primo incide sull'oggetto della stipulazione o della promessa, il secondo sulla misura della prestazione promessa o stipulata". Ecco perché, secondo l'Autore, nel primo caso si ha l'annullabilità, mentre il secondo giustifica solo un risarcimento del danno.

<sup>88</sup> C. Colombo, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, cit., 353.

<sup>89</sup> E. Del Prato, *Violenza*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, 1002, ravvisa nell'art. 1435 c.c. la previsione di un parametro oggettivo ponderato.

<sup>90</sup> F. Carresi, *La violenza nei contratti*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1962, 422-243, rileva, al contrario, che "per male giusto s'intende quello che è lecito arrecare perché rientra nell'esercizio di una facoltà o di un diritto che la legge riconosce al soggetto".

<sup>91</sup> V. Roppo, *Il contratto*, cit., 779.

<sup>92</sup> A. Gentili, *L'annullabilità*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, II, 1611. C. M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000, 659, adopera l'espressione "lesione antiggiuridica della persona o del patrimonio".

<sup>93</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 569-570, la cui acutezza è nota, reca tre esempi su cui ragiona espandendo il principio del divieto degli atti emulativi (art. 833 c.c.) e, pur con qualche incertezza sulla riconducibilità all'art. 2043 c.c., invocando la "figura di abuso di qualità e di funzione privata lesivo dell'interesse del terzo". Anche G. D'Amico, voce "Violenza, d) Diritto privato", in *Enc. Dir.*, 1993, 869, nella consapevolezza delle difficoltà che circondano la tesi che E. Del Prato ha sostenuto nella Sua monografia intitolata, *La minaccia di far valere un diritto*, Padova, 1993, 80 e segg., preferisce riportare un'idea pacifica di ingiustizia: "quando essa si realizza (...) attraverso la minaccia di un "male (in sé) ingiusto", cioè di una male che il minacciante non ha il diritto di infliggere".

Ciò può accadere, secondo un Autore<sup>94</sup>, “in ragione del riferimento normativo all’età, al sesso ed alla condizione delle persone, che induce ad una concezione elastica dell’ingiustizia”. Quando l’art. 1435 c.c. statuisce che “in questa materia si ha riguardo (...)” a taluni elementi soggettivi, il riferimento andrebbe inteso all’istituto della violenza nella sua totalità e non soltanto, come pure alcuni autori ritengono, all’attitudine della minaccia ad impressionare una persona sensata, tenendo conto delle caratteristiche soggettive.

In altri termini, secondo questa tesi estensiva, il requisito dell’ingiustizia non deve essere separato dall’attitudine a fare impressione<sup>95</sup>, laddove la tesi restrittiva scinde il piano dell’ingiustizia da quello dell’efficacia della minaccia in astratto e in concreto.

Tralasciando i dettagli di tale questione interpretativa, merita sottolineare che l’art. 1140 c.c. non contempli il requisito dell’ingiustizia, accrescendo così il potere discrezionale del giudice. Il quale valuta esclusivamente se il male minacciato sia “*considérable*”.

Nella prospettiva del diritto italiano, invece, il giudice, ove si accogla la tesi maggioritaria, prima deve verificare se il male minacciato è ingiusto, poi se è notevole e, solo in caso di esito positivo di entrambe queste valutazioni, deve altresì indagare se la minaccia abbia impressionato il minacciato al punto da indurlo a concludere il contratto. Vi sono, quindi, tre piani dell’indagine.

Il diritto francese si confronta soltanto con le problematiche che attengono all’aggettivazione del male (“*considérable*”); un male di cui si predica soltanto la gravità<sup>96</sup>. Ciò sembra esprimere un particolare *favor* per la vittima della minaccia, da proteggere ogniqualvolta quest’ultima sia oggettivamente grave con riguardo alle peculiarità del caso concreto.

### **(Segue). La violenza a (o proveniente da) un terzo**

In entrambi gli ordinamenti la minaccia rileva anche quando, rivolta verso i terzi legati a una delle parti, costringe quest’ultima a concludere il contratto. La disciplina non è identica.

Quella italiana, com’è noto, distingue due fattispecie. La prima si ha quando la minaccia riguarda “la persona o i

beni del coniuge del contraente o di un discendente o di un ascendente di lui” (art. 1436, 1° comma, c.c.). Qui il giudice è chiamato a valutare solo i caratteri della violenza di cui all’art. 1435 c.c. e nient’altro. La seconda attiene, invece, alla minaccia indirizzata verso “altre persone”, diverse da quelle del 1° comma, laddove “l’annullamento del contratto è rimesso alla prudente valutazione delle circostanze da parte del giudice” (art. 1436, 2° comma, c.c.).

L’art. 1436 c.c., con i suoi distinguo tra il primo e il 2° comma, rischia di far perdere centralità alla persona in quanto tale. Non che il criterio della valutazione delle circostanze di cui al 2° comma sia privo di fondamento, ma allora esso dovrebbe valere anche per il 1° comma. Si pensi al caso dei coniugi che stanno per divorziare per fatti gravi commessi da uno ai danni dell’altro. Oltretutto – sia detto per inciso – qualora la minaccia riguardi il soggetto in unione civile, cui una parte contrattuale è legata, dovrebbe ritenersi applicabile non già il 2° comma dell’art. 1436 c.c. ma, per analogia, il 1° comma del medesimo articolo, stante la quasi sovrapponibilità dell’unione civile al matrimonio. Il giudice perciò avrebbe il potere di valutare non già le “circostanze” di cui all’art. 1436, 2° comma, c.c. bensì soltanto i caratteri della violenza.

L’impressione è che la disciplina francese sia più inclusiva, riconoscendo, più che un particolare rilievo al matrimonio e alla parentela in linea retta, la significatività dei legami (anche di amicizia) tra le persone<sup>97</sup>. Così l’art. 1140 c.c. adopera semplicemente il termine “*proches*”, quali soggetti interessati dalla minaccia funzionale a indurre controparte a concludere il contratto o ad accettarne un certo contenuto.

Il giudice d’Oltralpe dovrà accertare non solo i presupposti della violenza, ma anche il tipo di relazione tra la vittima e il terzo<sup>98</sup>. Ma ciò vale in tutti i casi e, di certo, la disposizione è più moderna e in linea con l’evoluzione del diritto di famiglia, in cui al matrimonio si affiancano altre strutture familiari incentrate sull’*affectio* e sull’esistenza di un progetto di vita in comune.

Sulla violenza proveniente da un terzo, la soluzione accolta dai due ordinamenti converge. Più esattamente, il silenzio del codice civile italiano sul punto viene interpretato come un segnale preciso dell’irrelevanza, ai fini della

<sup>94</sup> E. Del Prato, *Le annullabilità*, in *Tratt. del Contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 300.

<sup>95</sup> E. Del Prato, *Violenza*, cit., 1003, sostiene la tesi estensiva, anche perché Egli rileva come l’art. 1438 c.c. (minaccia di far valer un diritto) detti una disposizione non idonea “a comprendere i casi in cui taluno prospetti di esercitare la propria libertà”. Di conseguenza, accogliendo la tesi restrittiva dell’art. 1435 c.c., si lascerebbe senza tutela chi è destinatario di un comportamento in sé lecito “ma di cui sia illecito prospettare la realizzazione per ottenere l’altrui consenso, in ragione del riferimento normativo all’età, al sesso ed alla condizione delle persone”.

<sup>96</sup> F. Carresi, *La violenza nei contratti*, cit., 420-422, chiarisce quando il male possa ritenersi notevole. Occorre, secondo l’Autore, avvalersi di un criterio soggettivo, incentrato sulle caratteristiche di chi subisce il male, e oggettivo secondo cui “il male è notevole quando supera quello a cui la parte andrebbe incontro ove, cedendo alle minacce, stipulasse il contratto”. Ma questa valutazione, soggiunge acutamente l’Autore, è possibile solo qualora “la minaccia sia rivolta contro i beni, nel senso che la vittima della minaccia può allora stabilire un raffronto fra il pregiudizio che a lei (e allo stretto congiunto) deriverebbe dall’attuazione della minaccia, e il pregiudizio che le

deriverebbe invece dalla stipulazione del contratto, e solo se quest’ultimo risulti superiore al primo dovrà allora affrontare la minaccia: vale a dire che, se soccombe ad essa e stipula il contratto, non potrà poi impugnarlo per violenza”. Questo principio, aggiunge Carresi, “va applicato con ponderata ragionevolezza”. Pertanto, deve ammettersi che “la vittima potrà impugnare per violenza il contratto anche quando sia in grado di dimostrare che, sebbene esso in astratto rappresentasse il male maggiore, tale concretamente non era per la possibilità che essa aveva di non darvi esecuzione, mentre incombente era la minaccia rivolta contro la sua persona o contro i suoi beni”.

<sup>97</sup> Sulla rilevanza della filiazione di fatto cfr. A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017, *passim*.

<sup>98</sup> Non è proprio agevole delimitare il concetto di vicinanza. Tale aspetto interessa anche il diritto italiano in ragione del disposto di cui all’art. 1436, 2° comma, c.c. Certo è che tale concetto non postula necessariamente un legame di amicizia, potendo essere sufficienza una mera conoscenza o la condivisione del luogo di lavoro. Ciò in ragione del principio costituzionale di solidarietà, che impone di proteggere il prossimo nei limiti in cui non si pregiudichi se stesso a parità di valori coinvolti nella fattispecie concreta.

invalidità, della provenienza della minaccia. Ciò in quanto la violenza, stante la sua penetrante incisività sulla dignità della persona, è sempre inaccettabile; ecco perché il contratto è sempre invalido. Pertanto, il principio della tutela dell'affidamento della controparte – rilevante nel dolo (art. 1439, 2° comma c.c., art. 1138, 2° comma, c.c.) – soccombe nella violenza<sup>99</sup>.

L'art. 1142 c.c. non lascia spazio ad alcun dubbio, sancendo espressamente che “La violenza è causa di nullità quando è stata esercitata da una parte o da un terzo”.

### (Segue). La violenza incidente

Vi è, infine, un altro aspetto che esige un confronto tra la normativa italiana a quella francese: si tratta del rilievo della violenza che influenza il contenuto e non l'*an* del contratto. Com'è noto, il diritto italiano non prevede la violenza incidente, ossia la minaccia volta non già a concludere il contratto, ma ad accettare certe clausole contrattuali che, altrimenti, avrebbero avuto un contenuto diverso o non sarebbero state previste. Anche in quest'ultima ipotesi, si tende a sostenere che il contratto sia annullabile.

In Francia la disciplina è più chiara, sebbene discutibile quale scelta di *policy*. Gli articoli 1130, 1° comma e 1131 c.c. equiparano, ai fini della nullità relativa, la fattispecie del vizio del consenso che determina la conclusione del contratto a quella che induce a contrarre “à des conditions substantiellement différentes”. Si aggiunga, come già rilevato, che l'ordinamento francese non prevede neppure la fattispecie del dolo incidente. L'art. 1139 c.c. stabilisce che l'errore frutto del dolo è causa di nullità anche quando “porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat”.

Sembra, quindi, che il *code civil* impieghi più diffusamente l'invalidità a causa dei vizi del consenso.

V'è da dire che in Italia è discussa l'ammissibilità della violenza incidente. È vero che, secondo un'autorevole dottrina<sup>100</sup>, essa è da escludere, dovendosi ritenere inapplicabile analogicamente l'art. 1440 c.c. Quindi, se c'è violenza, il contratto è sempre invalido. Ma è altrettanto vero che, secondo un'altra pregevole dottrina<sup>101</sup>, accolta dalla Cassazione, l'art. 1440 c.c. non è da ritenersi norma eccezionale, costituendo “applicazione per un caso singolo di un principio generale”.

Mentre il diritto francese sembra orientato ad invalidare in ogni caso il contratto ogniqualvolta vi sia un vizio del consenso, il diritto italiano distingue – più ragionevolmente – a seconda dell'incidenza del vizio medesimo.

La prima è una via più netta, consonante con uno degli obiettivi fondamentali della riforma francese indicati dal *Rapport au Président de la République*: “fare chiarezza sulle regole relative alla nullità e alla caducità, che sanzionano le condizioni di validità e di forma del contratto”. La seconda, quella del diritto italiano, è una via più articolata, attenta ad evitare la caducazione del contratto qualora il vizio del consenso abbia inciso soltanto su alcune clausole contrattuali e non anche sull'*an* dell'operazione economica.

Rimane però il dubbio – essendoci argomenti nel senso della invalidità e della validità – circa le ricadute sul contratto della violenza incidente, con pregiudizio del valore della certezza della circolazione.

### L'état de dépendance rispetto alla rescissione, all'incapacità naturale e alla circonvenzione di incapace

La disciplina francese riformata sui vizi del consenso reca, come si è appena visto, elementi innovativi rispetto a quella italiana. Preme metterne in rilievo tre in particolare: la previsione di un dovere generale di informazione, la rilevanza della mera omissione e un'accezione ampia di violenza. Ed è proprio con riguardo alla violenza che la riforma ha compiuto il passo in avanti più significativo, marcando così una netta distinzione con il sistema italiano dei vizi del consenso, caratterizzato da una struttura più rigida delle relative fattispecie.

Sulla scorta del diritto contrattuale europeo in formazione (c.d. fonti persuasive)<sup>102</sup>, il *code civil* ha introdotto un articolo che attribuisce rilevanza giuridica allo “stato di dipendenza” (“*l'état de dépendance*”) di un contraente rispetto all'altro. L'art. 1143 c.c. stabilisce che “Si ha ugualmente violenza quando una parte, abusando dello stato di dipendenza in cui si trova *il proprio contraente*, ottiene da quest'ultimo un impegno che non avrebbe assunto in assenza di una tale costrizione (“*contrainte*”) procurandosi un vantaggio manifestamente eccessivo” (*un avantage manifestement excessif*”).

Gli elementi della fattispecie sono i seguenti:

- 1) lo stato di dipendenza nei confronti della controparte;
- 2) l'abuso di tale condizione;
- 3) il nesso di causalità tra la condotta abusiva (la costrizione) dello stato di dipendenza e la conclusione del contratto o l'assunzione di un obbligo;
- 4) il vantaggio manifestamente eccessivo per l'autore della condotta riprovata prodotto dal contratto o dall'obbligo.

L'ordinamento francese per la prima volta dà rilevanza in termini generali a uno stato soggettivo – la dipendenza non soltanto economica<sup>103</sup> dalla controparte – senza precisarne

<sup>99</sup> A. Gentili, *L'annullabilità*, cit., 1612, ritiene irrazionale la scelta legislativa dell'annullabilità del contratto in caso di violenza da parte del terzo, anche nell'ipotesi in cui la controparte non destinataria della violenza l'abbia ignorata. Secondo l'illustre Autore, questa fattispecie avrebbe dovuto essere trattata come quella del dolo proveniente dal terzo (art. 1439, 2° comma, c.c.), dove si tutela la parte contrattuale ignara del dolo e di conseguenza anche la sicurezza della circolazione dei diritti.

<sup>100</sup> V. Roppo, *Il contratto*, cit., 781, reputa eccezionale la disposizione contenuta nell'art. 1440 c.c. rispetto alla regola secondo cui i vizi del consenso causano l'annullamento del contratto “in quanto distorcono la volizione relativa al contratto che in concreto è stato fatto, coi suoi specifici contenuti”.

<sup>101</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 609.

<sup>102</sup> Le fonti persuasive – l'espressione è di R. Sacco – che possono essere richiamate sono: a) i Principi di diritto europeo dei contratti (PECL), art. 4:109; b) i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, art. 3.10; c) *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), *Chapter 7. Grounds of invalidity*, artt. 7:101 e segg., in particolare all'art. 7:207: *Unfair exploitation* (scorretto sfruttamento); d) proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, art. 51 (iniquo sfruttamento). Ad esclusione di quest'ultimo articolo, tutte le altre disposizioni qui ricordate, prevedono non solo l'invalidità ma anche il riequilibrio del contratto; un riequilibrio che può essere chiesto sia dalla parte che ha diritto all'annullamento sia dalla controparte cui sia stato inviato l'avviso di annullamento.

<sup>103</sup> La dottrina francese (P. Ancel, *Article 1142: violence économique*



la causa. E allora va ammesso che tale dipendenza possa originare da una molteplicità di fattori non attinenti soltanto alle imprese: la salute cagionevole, l'incultura, l'idealizzazione di una persona, l'eccessiva fiducia. Essa rileva con riguardo a tutti i contratti.

È evidente che, astrattamente, la nuova fattispecie ha un campo di applicazione molto ampio, trasversale a tutti i contratti, in grado di attrarre alla giuridicità diverse situazioni di debolezza della persona. Si capisce lo scetticismo dei giuristi francesi nei confronti di un largo impiego da parte dei giudici<sup>104</sup> della innovativa disposizione.

L'ordinamento italiano, invece, nel libro IV al titolo II sul contratto in generale, non contempla una disposizione siffatta. Anzi, il legislatore del 1942 ha scolpito le fattispecie dei vizi del consenso, rinserrandole in una fortezza dal perimetro ben presidiato. Secondo l'idea del tempo, un'invalidità dai contorni ampi e sfumati, come quella di cui all'art. 1143 c.c., avrebbe pregiudicato il valore della certezza dei rapporti giuridici<sup>105</sup>.

Successivamente, quest'approccio di politica del diritto non ha retto all'esigenze di protezione poste dalle nuove dinamiche contrattuali<sup>106</sup> e del mercato. Tuttavia, la debolezza di una parte, presa in considerazione dalle normative via via entrate in vigore, ha riguardato taluni soggetti/imprese in specifiche fattispecie, con conseguente frantumazione, almeno secondo una certa dottrina, della disciplina e della teoria del contratto<sup>107</sup>. Esattamente:

1) nell'abuso di dipendenza economica (art. 9, D.Lgs. n. 231/2002 *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*), un'attenta dottrina<sup>108</sup> ha escluso che tale articolo possa essere esteso a tutti i rapporti contrattuali;

2) nelle pratiche commerciali aggressive, dove l'art. 25 let. c), c. cons. dà rilevanza allo "sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia *evento tragico* o *circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore* [quindi anche lo stato di dipendenza patologica], al fine di influenzare la decisione relativa al prodotto";

3) nell'usura c.d. reale (o in concreto) in cui l'usurato si trova in "condizioni di difficoltà economica o finanziaria", il che può determinare uno stato di dipendenza<sup>109</sup>. In que-

sto caso, gli interessi, pur inferiori al tasso-soglia, possono risultare ugualmente sproporzionati "avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari (...) rispetto alla prestazione di danaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione";

4) nella rescissione (artt. 1447-1448 c.c.) in cui un soggetto dipende sì da un altro in ragione del pericolo o dello stato di bisogno in cui si trova – circostanze, queste, incidenti sulla libertà contrattuale – ma si tratta di una dipendenza piuttosto circoscritta.

Orbene, proprio la mancanza di una disposizione più generale, analoga a quella contenuta nell'art. 1143 c.c., ingenera una domanda: se la dipendenza, non solo economica, possa rilevare a prescindere dal tipo di contratto e dai soggetti che lo concludono. La risposta non è agevole, perché il codice civile non si sofferma esplicitamente sullo stato soggettivo della dipendenza. E gli istituti che in qualche modo lo richiamano sono caratterizzati da una spiccata specificità che ne contiene l'ambito applicativo.

Lo stato di bisogno previsto dall'art. 1448 c.c. (azione generale di rescissione per lesione), nel far riferimento, secondo la dottrina, ad un "bisogno qualificato da un dato oggettivo, socialmente apprezzabile"<sup>110</sup>, è un qualcosa che evoca ma non esaurisce la portata semantica dello stato di dipendenza. Chi contrae in stato di bisogno (o di pericolo), sebbene viva "un turbamento del processo di determinazione" volitiva incidente sulla funzione di scambio<sup>111</sup>, è tendenzialmente consapevole dell'iniquità delle condizioni contrattuali accettate. Vi è qui un sacrificio della libertà del volere e non già l'incapacità di volere, come spesso accade nello stato di dipendenza. Ecco perché il legislatore italiano ha previsto il presupposto della lesione enorme (*ultra dimidium*), non richiesto, invece, almeno secondo la giurisprudenza pressoché unanime<sup>112</sup>, nell'incapacità naturale.

L'*état de dépendance* francese è più ampio dello stato di bisogno e prescinde da quest'ultimo. La dipendenza allude a una situazione di soggezione nei confronti di una determinata persona, originata da fragilità psichica, dalla mancanza di certe conoscenze o abilità o dalla cieca e mal risposta fiducia. Rilevano perciò non solo la patologia psi-

que, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 747; H. Barbier, *Le vice du consentement, pour cause de violence économique*, in *Dr. et Patr.*, n. 240, oct. 2014, 50), sulla base di alcuni *arrêts récents* della *Cour de Cassation*, discuteva di *violence économique*, ma il disposto dell'art. 1443 c.c. è, in realtà, più ampio.

<sup>104</sup> N. Dissaux-C. Jamin, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, 46-47.

<sup>105</sup> V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990. Per un approfondimento delle origini del dibattito sull'equilibrio tra invalidità e certezza della circolazione cfr G. Alpa-G. Chiodi (a cura di), *Il progetto italo-francese delle obbligazioni* (1927). *Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, 2007.

<sup>106</sup> M. Mantovani, *Vizi incompleti del contratto e rimedi risarcitori*, cit., *passim*, avverte l'insufficienza della normativa sui vizi del consenso.

<sup>107</sup> G. Gitti-G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; V. Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011.

<sup>108</sup> M. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., 210 e segg., critica la tesi di F. Prospero esposta nel saggio *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1999, 662 e segg.

<sup>109</sup> A. Gentili, *Contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 370 e segg., sottolinea come la legge sull'usura (n. 108/1996) non possa essere spiegata esclusivamente con l'esigenza, senz'altro sussistente, di protezione dell'usurato, giacché l'ipotesi principale di usura (superamento del tasso-soglia) esprime soprattutto il fenomeno della direzione dei flussi creditizi. Di più. C'è un intento di *policy* di lotta alla criminalità economica. Pertanto, la *ratio* è complessa e sta nella repressione, direzione e protezione. Quanto alle "condizioni di difficoltà economica o finanziaria", queste sembrano essere, secondo l'Autore, qualcosa di meno intenso rispetto allo stato di bisogno di cui all'azione generale di rescissione (art. 1448 c.c.). La notazione è significativa e dimostra come la fattispecie dell'usura sia autonoma dalla rescissione.

<sup>110</sup> V. Roppo, *Il contratto*, cit., 835.

<sup>111</sup> E. Gabrielli, *Studi sulle tutele contrattuali*, cit., 15.

<sup>112</sup> Più di recente: Cass., 2 giugno 1998, n. 5402, in *Vita notar.*, 1998, 1597; Cass., 11 ottobre 1998, n. 9007, cit.; Cass., 14 maggio 2003, n. 7403, in *Arch. civ.*, 2004, 388; Cass., 1 ottobre 2004, n. 19659, in *Foro It.*, 2006, I, c. 565; Cass., 9 agosto 2007, n. 17583, in *Foro It.*, *Rep.*, 2007, [3640], voce *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, n. 62; Trib. Roma, 18 febbraio 2013, in *Leggi d'Italia on line*.

chica, ma anche l'incultura, l'inesperienza o l'essersi affidato alle interessate cure altrui.

Se la fattispecie del *code civil* non è interamente sussumibile nello stato di bisogno, non lo è neppure nell'incapacità naturale (art. 428 c.c.). La quale, sebbene secondo l'evoluzione giurisprudenziale, non si riferisca esclusivamente all'incapacità totale ed assoluta del soggetto (salvo in materia testamentaria), né soltanto a patologie psichiche<sup>113</sup>, deve esservi comunque una menomazione/diminuzione delle facoltà intellettive tale da "impedire o ostacolare una seria valutazione dell'atto e la formazione di una volontà cosciente". Invece, nello stato di dipendenza vi è non tanto la mancanza di coscienza del contenuto del contratto e dei suoi effetti, quanto piuttosto l'incapacità di opporre un rifiuto, serio e motivato, al compimento dell'atto o a un certo suo contenuto. In altri termini, il soggetto danneggiato crede *ex ante* di curare al meglio i propri interessi, per poi scoprire, *ex post*, di essere caduto nella rete di un individuo scorretto, che lo ha indotto a contrarre.

Quanto alla circonvenzione di incapace (art. 643 c.p.), altro istituto evocato dallo stato di dipendenza, si intravede la possibilità di un maggiore accostamento, ma non già di una sovrapposizione.

La norma penalistica prevede, com'è noto, tra le diverse fattispecie, l'*abuso della deficienza psichica* di una persona, al fine di indurla a compiere un atto "che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso". Ora, è certamente vero che la nozione di deficienza psichica, per come è stata intesa dalla Cassazione, ricomprende casi concreti non riconducibili al concetto di incapacità naturale<sup>114</sup>. Essa riguarda, infatti, qualsiasi menomazione del potere di critica, anche non dipendente da una minorazione della sfera volitiva o intellettuale, tale da rendere il soggetto incapace di avere consapevolezza delle conseguenze dei propri atti. Ciò accade ad esempio a chi (il succube), pur capace di intendere e di volere, sia suggestionabile al punto da non saper resistere all'attività di induzione altrui (l'incube).

Ebbene, ancora una volta va escluso che l'ambito applicativo dello stato di dipendenza sia assorbito da quello della deficienza psichica. In particolare, il succubo è un soggetto che non ha la forza e la capacità di far valere la propria volontà, anche se egli sa che quanto fatto è a sé pregiudizievole. Egli, pertanto, è soggiogato, plagiato da un determinato soggetto. Lo stato di dipendenza, che pure

riguarda questa condizione, copre, però, un ventaglio più ampio di situazioni di debolezza, non legate necessariamente a patologie psichiche, ma costituite da connotazioni specifiche della persona, quali l'inesperienza o la fiducia incondizionata, che la inducono a contrarre credendo erroneamente di aver bene operato.

A primo acchito si potrebbe osservare che l'art. 1143 c.c. rischi di favorire eccessivamente l'invalidità del contratto, legandola a fattispecie non predeterminabili che alimentano il contenzioso, scuotendo la certezza della circolazione. Questa preoccupazione merita una riflessione (cfr. § 13), non prima di aver chiarito se la tutela della parte che non abbia potuto autodeterminarsi sia legata esclusivamente a fattispecie specificamente regolate dalla legge.

### (Segue). Tutela effettiva della libertà contrattuale e pluralità di rimedi

Gli istituti della tradizione giuridica risalente – rescissione, incapacità naturale e circonvenzione di incapace – non colgono alcune situazioni di debolezza della persona. Le quali appaiono sempre più rilevanti nelle complesse dinamiche inter-individuali, economiche e finanziarie del presente, influenzando la conclusione del contratto o il suo contenuto.

Talvolta una parte del contratto si trova in posizione non già di deficienza psichica – ciò che evoca l'incapacità o la circonvenzione –, quanto di grave inferiorità rispetto alle conoscenze, al potere e all'influenza della controparte. Si tratta di fattispecie diverse, accomunate dall'effetto distortivo dell'esercizio dell'autonomia privata. L'ordinamento italiano non è muto in punto di tutela, ma è maggiormente attento, come si diceva, a figure particolari di contraenti in fattispecie ben individuate<sup>115</sup>.

Ad ogni modo va apprezzata quella linea di sviluppo dell'ordinamento, emersa in diversi ambiti, attenta ad assicurare una contrattazione quanto più possibile consapevole ed equilibrata.

Emblematico è il settore del credito erogato per l'acquisto dei beni immobili residenziali, in cui è stata attuata la Dir. 2014/17/UE tramite il D.Lgs. n. 72/2016. Nella relativa disciplina spiccano la valutazione del merito creditizio<sup>116</sup> e altri strumenti, quali ad esempio il periodo di riflessione (art. 120 *novies*, 3° comma, t.u.b.) o i servizi di

<sup>113</sup> È stato escluso che un tumore costituisca, di per sé, causa di incapacità naturale; tuttavia è possibile provare che una grave malattia abbia inciso sulla sfera intellettuale e volitiva in modo da impedire "una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio", così da legittimare l'annullamento dell'atto (cfr. Cass., 10 febbraio 1995, n. 1484, in *Foro It.*, 1995, I, c. 2500 e segg. e Cass., 26 maggio 2000, n. 6999, in *Contratti*, 2001, 25 e segg., con nota di M. Ambrosoli). Secondo Cass., 7 luglio 1978, n. 3411, in *Riv. notar.*, 1979, 929, gli *stati passionali* rilevano solo se hanno prodotto al momento del compimento dell'atto un disordine mentale tale da privare il soggetto della capacità naturale. Tra le altre cause di incapacità figurano il sordomutismo, l'essere sotto l'effetto di alcool (Cass., 12 luglio 1991, n. 7784, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, c. 878 e segg.) o di stupefacenti, un trauma cranico, un'emorragia cerebrale (cfr. in dottrina: M. Franzoni, *Dell'annullabilità del contratto*, Milano, 2005, 152; A. Querci, *L'incapacità naturale all'esame della giurisprudenza: un contrasto tra massime?*, in *Contratto e Impresa*, 2012, 6, 1466 e segg. In materia testamentaria cfr: G. Perlingieri, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2005, 1, 273 e

segg.; A. Venturelli, *Incapacità naturale del testatore e conoscibilità dell'esecuzione testamentaria*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 11, 759 e segg. Entrambi gli Autori attribuiscono rilievo decisivo alla valutazione del contenuto e della forma della scheda testamentaria, al fine di stabilire l'incidenza dell'incapacità naturale sulla formazione della volontà del *de cuius*).

<sup>114</sup> Tant'è che il giudicato civile formatosi sull'insussistenza dell'incapacità di intendere e di volere è stato ritenuto inopponibile nel successivo giudizio di nullità contrattuale per circonvenzione di incapace (Cass., 19 maggio 2016, n. 10329, in *Giur. It.*, 2017, 1, 39 e segg., con nota di A. Mendola, *Nullità virtuale, circonvenzione di incapaci e violazione di norme imperative*).

<sup>115</sup> G. Vettori (a cura di), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, Milano, 2013.

<sup>116</sup> La Dir. 2014/17/UE (in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle Dir. 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010) ha puntato sul merito creditizio quale strumento fondamentale

consulenza (art. 120 *terdecies* t.u.b.), funzionali proprio a far assumere al consumatore una decisione informata (art. 120 *novies* t.u.b.), proporzionata (nel rapporto tra il finanziamento erogato e la situazione economica e finanziaria del consumatore) e consapevole di tutti i profili del credito.

Come pure parimenti significativo è l'obbligo dell'intermediario di valutare l'adeguatezza dell'investimento nel caso di acquisto di titoli a rischio<sup>117</sup> e di informare specificamente l'investitore con riguardo all'operazione finanziaria, attuativa del contratto quadro, che egli intenda compiere<sup>118</sup>. Qui l'inadempimento dell'intermediario costituisce la *causa petendi* della domanda di risoluzione del singolo contratto di acquisto di strumenti finanziari, con conseguente restituzione dell'importo corrisposto per l'operazione.

Ritorna allora la domanda se davvero nell'ordinamento italiano non vi sia spazio alcuno per riconoscere un generale rilievo giuridico allo stato di dipendenza originato dall'inesperienza, dalla mancanza di abilità a contrattare e dall'abuso della professionalità. Ebbene, oltre e prima ancora dell'appena menzionata linea di sviluppo, ne esiste un'altra che ha condotto all'impiego, sempre più diffuso, delle clausole generali anche in assenza di disposizioni specifiche che le concretino<sup>119</sup>.

Secondo un illustre Autore<sup>120</sup>, la vittima potrebbe quanto meno invocare l'art. 1337 c.c., che è la "regola somma" dell'ordinamento<sup>121</sup>, e richiedere il risarcimento del danno. Non solo: poiché l'art. 1337 c.c. costituirebbe un'applica-

zione specifica dell'art. 2043 c.c., sarebbe applicabile anche l'art. 2058 c.c., "affinché il risarcimento venga prestato in forma specifica, ossia mediante la rimozione del contratto. Nella sostanza, avremmo che il contratto affetto da un vizio innominato è annullabile<sup>122</sup>, ma allora è anche rettificabile (arg. ex artt. 1440 e 1450).

La varietà dei rimedi è funzionale al perseguimento della giustizia del caso concreto<sup>123</sup>, cioè alla tutela effettiva dell'interesse giuridicamente rilevante fatto valere in giudizio.

In tale prospettiva, la scelta tra il rimedio risarcitorio (manutentivo) e quello invalidante (demolitorio) spetterebbe al soggetto danneggiato. E ritenere che esista un solo rimedio rischia di non garantire un'adeguata protezione. Infatti, da un lato, l'azione di annullamento del contratto priva il contraente vittima della scorrettezza altrui di quel bene che si era procurato, soddisfacendo un effettivo bisogno, cui altrimenti non avrebbe potuto provvedere. Dall'altro, può darsi che ciò non corrisponda al suo concreto interesse. "In tal caso [afferma Rodolfo Sacco] il contratto deve essere [semplicemente] revisionato, evitando l'incidenza del vizio sul prezzo pagato, e il sovrapprezzo segna l'importo del debito risarcitorio; così come avviene da tempo nell'area del dolo incidentale". I due rimedi possono, quindi, operare alternativamente a scelta della parte protetta<sup>124</sup>.

La giurisprudenza italiana, con riguardo alla circonvenzione di persona incapace, non ha accolto siffatta impostazione, ritenendo in ogni caso nullo il contratto<sup>125</sup>. È una

---

per assicurare un mercato virtuoso del credito ipotecario immobiliare residenziale. Il creditore è stato responsabilizzato più del consumatore. Egli deve verificare le informazioni sul (e ricevute dal) consumatore, altrimenti sopporterà il rischio della propria negligenza nella valutazione del merito creditizio. L'art. 120 *undecies*, 3° comma, t.u. b. stabilisce, infatti, che il finanziatore non possa risolvere il contratto di credito per incompletezza delle informazioni fornite dal consumatore, salvo che quest'ultimo "abbia intenzionalmente omissso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false".

<sup>117</sup> Cass., 3 luglio 2017, n. 16318, in *Leggi d'Italia on line*, sull'informazione riguardante il rischio finanziario di operazioni eseguite fuori dai mercati regolamentati (*bonds* argentini). Cass., 31 agosto 2017, n. 201617, in *www.ilcaso.it* in cui si afferma, ai fini dell'esclusione della valutazione dell'adeguatezza dell'investimento (si trattava di obbligazioni Cirio), l'irrelevanza del fatto dell'acquisto in precedenza da parte del cliente di titoli a rischio.

<sup>118</sup> Cass., 31 agosto 2017, n. 201617, cit.

<sup>119</sup> S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 4, 709 e segg., ora anche in *Stefano Rodotà, Critica del diritto privato, Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato*, raccolti da G. Alpa e M. R. Marella, Napoli, 2017, 131 e segg. muove in questo lucidissimo saggio dalla consapevolezza che il presente e il futuro non sono governabili dal diritto soltanto attraverso la tecnica legislativa delle fattispecie analitiche. Le formulazioni elastiche e le clausole generali svolgono una duplice funzione: aprono l'ordinamento verso la società e fanno fronte "alle discontinuità [con il tessuto normativo di dettaglio] che possono prodursi nel futuro" (137), sono "modi per dare senso all'essere del tempo giuridico, dove il presente ingloba già il futuro" (140). Le clausole generali, continua Rodotà, hanno la funzione più che di "adattamento" di "articolazione" dell'ordinamento e, veicolando i valori fondamentali dell'ordinamento, possono anche interferire con le valutazioni private. Oggi diversi autori concordano con l'affermazione di Rodotà secondo cui "il contratto viene ad essere, eventualmente, punto di incidenza di diversi ordini di valutazioni, perfino confliggenti con quelle tenute presenti dalle parti" (152, ma si veda anche 153 in cui la buona fede viene presentata come strumento proteso a garantire "la complessiva razionalità della contrattazione" e la riduzione dei costi di transazione, con conseguente carattere residuale dell'equità). Di grande interesse è il dibattito più

recente: S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016; G. Villanacci, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013; F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015; Id., *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principi*, Napoli, 2017;

<sup>120</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 607-613, è senza dubbio un giurista dalle folgoranti aperture dell'ordinamento giuridico, ma è anche attento a delimitare la linea di confine fra il lecito e l'illecito, attraverso una perspicua lettura del sistema. Di grande interesse sono le pagine in cui Egli integra l'art. 1337 c.c. con la normativa sulla vendita porta a porta, sulla propaganda illecita e sugli obblighi di informazione.

<sup>121</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 616, avversa fermamente la tesi che disconosce portata sistematica all'art. 1440 c.c., con conseguente inapplicabilità di tale articolo alla violenza incidente. L'Autore segue un'altra linea di ragionamento, andando oltre la questione norma generale/norma eccezionale, ritendendo che la violenza incidente sia da ammettere non già sulla base di un'applicazione analogica dell'art. 1440 c.c., ma di un principio generale. Se il vizio è incidentale, solitamente quando una parte promette un prezzo troppo elevato, è scritto a chiare lettere nell'ordinamento italiano che si ha diritto al risarcimento del danno, ferma la prestazione di necessità (*id est*: l'invalidità sarebbe sproporzionata e inefficiente).

<sup>122</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 611-612.

<sup>123</sup> G. Vettori, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Jus civile*, 2017, 1, 46 e segg., ha una visione incisiva della giustizia, funzionale al progresso del diritto e all'effettività delle tutele. La giustizia del diritto si lega non solo alla legge, ma anche e soprattutto ai principi costituzionali e sovranazionali e alla giurisdizione interna e internazionale. Per una rassegna delle diverse opinioni sul tema della giustizia del contratto cfr. F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 595 e segg.

<sup>124</sup> R. Sacco, *Il contratto*, 612, afferma che "annullamento e risarcimento operano (alternativamente o cumulativamente) a favore dello stesso soggetto per raggiungere un solo risultato: cancellare un'ingiustizia. Essi reagiscono agli stessi fatti: ad un comportamento in mala fede (più raramente, colposo) accompagnato da una volontà viziosa per carenza di informazione, di libertà o di ponderatezza".

<sup>125</sup> Più di recente cfr. Cass., 20 aprile 2016, n. 10329, in *Giur. It.*, 2017, 1, 39 e segg., con nota I. Riva, *Sulla sorte del contratto concluso per effetto di circonvenzione di incapace*. La nostra giurisprudenza

nullità per violazione di una norma penale imperativa – l'art. 643 – posta a tutela “dell'autonomia privata, della libera esplicazione dell'attività negoziale delle persone in stato di menomazione psichica”.

Alcuni autori<sup>126</sup> hanno contestato quest'impostazione, propendendo per la risarcibilità del danno subito dal circonvvenuto, ferma la validità del contratto. Essi valorizzano il principio – sebbene controverso in dottrina – della non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità, ritenendo che sia la condotta ad essere censurabile (c.d. reato in contratto) e non il contratto di per sé (c.d. reato-contratto).

A ben vedere, l'astrattezza del ragionamento oscura la ricerca del giusto rimedio, il quale è davvero tale soltanto ove lo si moduli sull'interesse concreto fatto valere in giudizio<sup>127</sup>. Non convince l'idea di matrice culturale romanistica, secondo la quale ad ogni situazione illegittima corrisponde un solo rimedio previsto dalla legge (c.d. principio di tipicità dei rimedi)<sup>128</sup>.

Ne è evidente il limite, emerso in giurisprudenza<sup>129</sup>, dell'inadeguatezza della tutela in alcuni casi concreti. Se, con riguardo alla circonvensione di incapace, per un verso, la tesi della nullità impedisce al circonvvenuto di invocare il contratto<sup>130</sup>, per l'altro verso, la tesi del solo risarcimento rischia di non tutelare la vittima in modo soddisfacente.

L'approccio metodologico, come ha più volte sottolineato un'autorevole dottrina<sup>131</sup>, deve essere diverso e incen-

trato sulla fattispecie concreta. La quale “deve essere analizzata in tutte le sue peculiarità: verificare quali interessi siano effettivamente coinvolti, bilanciarli nella logica del sistema e, in ultimo, individuare la misura più adeguata per la loro tutela”. L'interprete muove dal caso concreto per giungere ad individuare il rimedio, svolgendo un ragionamento sistematico.

E allora su tale piano andrebbero valorizzati due elementi caratterizzanti la disciplina dei vizi del consenso: 1) il legislatore non ha esaurito i rimedi nell'annullabilità del contratto, ma ha previsto la risarcibilità del danno (art. 1440 c.c.) e la correzione del contratto (art. 1432 c.c.). Correzione prevista anche in materia di rescissione (art. 1450 c.c.)<sup>132</sup>; 2) non viene stabilita la nullità, così lasciando la parte tutelata libera di avvalersi degli effetti del contratto. Il che avviene anche in materia di rescissione, la cui azione si prescrive in un anno dalla conclusione del contratto, salvo che il fatto costituisca reato (art. 1449 c.c.).

Ma allora: poiché la norma penale in tema di circonvensione è posta a protezione della libera determinazione negoziale del soggetto, quest'ultimo, ove circonvvenuto, dovrebbe essere lasciato libero di scegliere se mantenere l'efficacia del contratto o porla nel nulla. Va sottolineato una volta di più come non confligga con il sistema e con i valori dell'effettività della tutela e del giusto rimedio la coesistenza del rimedio invalidante con quello risarcitorio.

Un'attenta dottrina<sup>133</sup> ha ben chiarito che il principio

civile, sebbene l'art. 643 c.p. proibisca non già l'atto come regolamento di interessi (c.d. reato-contratto), ma la condotta scorretta di una delle parti (reato in contratto), propende per la nullità del contratto.

<sup>126</sup> R. Moschella, *Rilevanza civile della circonvensione di incapaci*, in *Foro It.*, 1980, I, 947; V. Mariconda, *Quale invalidità contrattuale in caso di circonvensione d'incapace?*, in *Corriere Giur.*, 1005, 217 e segg.; A. Albanese, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvensione*, in *I contratti*, 2007, 927 e segg.

<sup>127</sup> P. Perlingieri, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, cit., 4-5, afferma che si deve discorrere di “flessibilità e di effettività del sistema rimediale”. Condivide questa impostazione A. Gentili, *Contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., 375 e segg., il quale pone al centro del ragionamento l'adeguatezza del rimedio con riguardo alla fattispecie dei contratti diversi dal mutuo in cui siano convenuti interessi in senso stretto usurari perché superiori al tasso-soglia e a quella dei contratti diversi dal mutuo, risultanti comunque sproporzionati rispetto alla prestazione in denaro o in un'altra utilità (art. 644, 3° comma, c.p.). Nella prima ipotesi, l'Autore argomenta per la nullità necessariamente parziale, nella seconda Egli propende per una tutela risarcitoria. Cfr. anche M. Mantovani, *Le nullità “speciali” o di protezione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, 2006, 169.

<sup>128</sup> P. Perlingieri, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, cit., 9 e segg., dimostra la fallacia dell'idea che il rimedio sia uno e che esso soltanto determini la rilevanza dell'interesse. L'Autore accoglie una prospettiva rovesciata, incentrata soprattutto sugli artt. 24 e 111 Cost. Sono molti gli esempi riportati in questo scritto che contrastano l'idea della rigida predeterminazione legislativa del rimedio (l'Autore scrive di un “pseudo-principio di tipicità”). Particolarmente efficace è il richiamo dell'art. 101, 2° comma, c.p.c. da cui si desume che “il contraddittorio diviene strumento utile alla realizzazione della collaborazione tra il giudice e le parti in funzione della individuazione del rimedio più adeguato all'interesse per il quale si invoca tutela” (16). Ma va richiamata anche l'analisi sul carattere generale e preventivo dell'azione inibitoria. L'Autore già nel celebre saggio *“Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”*, cit., 351, scrive che il “principio generale, espresso dall'art. 24 cost., sul diritto di difesa, impone un'interpretazione finalizzata a conservare – piuttosto che eliminare – una eventuale pluralità di rimedi”. Analogamente G. Vettori, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Persona e mercato*,

2017, 4, 196, il quale, in ragione del principio di effettività, afferma come sia possibile agire in giudizio con un'azione atipica, qualora non vi sia un'espressa esclusione della legge o un interesse protetto.

<sup>129</sup> Cass., 27 giugno 2013, n. 21255, in *Danno e Resp.*, 2014, 2, 123 e segg., con note di G. Ponzanelli, *Il danno per la corruzione del giudice*, di G. Lener, *La “retta via” per il risarcimento del danno?*, di P.G. Monateri, *Revocazione ex art. 396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*, e di G. Vettori, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*; in *Contratti*, 2014, 2, 113 e segg., con nota di S. Pagliantini, *Il danno (da reato) e il concetto di differenza patrimoniale nel caso Cir-Fininvest: una prima lettura di Cass. 21255/2013*.

<sup>130</sup> Secondo R. Sacco, *Il contratto*, cit., 617-618, la tesi della nullità è fragile, sia perché la nullità del contratto è comminata qualora vi sia un'illiceità della causa o dell'oggetto, sia perché “l'illicita induzione a contrarre [come pure il raggio, la minaccia, l'approffittamento dello stato di pericolo e di bisogno] dà luogo a rimedi suoi propri. La norma violata è posta a protezione della vittima, [pertanto] deve essere affidato alla vittima il potere di determinare se il contratto sarà efficace o meno”, chiedendo l'eliminazione degli effetti (o ex 428 c.c. o ex 2058 c.c.) o soltanto il risarcimento del danno.

<sup>131</sup> P. Perlingieri, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, cit., 4.

<sup>132</sup> Secondo A. Gentili, *Contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., 376, il risarcimento del danno deve ammettersi anche per i contratti diversi dal mutuo, in cui vi sia una sproporzione rispetto alla prestazione in denaro o in un'altra utilità (art. 644, 3° comma, c.p.).

<sup>133</sup> G. Vettori, voce *“Effettività delle tutele”*, in *Enc. Dir., Annali*, X, 2017, 392, interpreta gli artt. 3 e 24 Cost. unitamente agli artt. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 13 Cedu e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i quali “esprimono tutti un principio che si manifesta, non solo come “un diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale, ma come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela”. In questo scritto si sottolinea, sulla scia di altra autorevole dottrina, come il principio di effettività delle tutele non possa essere utilizzato come strumento di creazione di diritti, incidendo “solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente”. Su quest'ultimo punto l'Autore è tornato da ultimo nel saggio, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, cit., 187 e segg., in cui Egli afferma che “l'essere effettivo non consente di per

costituzionale di effettività della tutela fa sì che “il titolare del diritto [debba] poter contare su mezzi che gli consentano di reagire alla violazione, e di reazione si può parlare solo là dove vi è proporzione tra tutela e offesa arrecata”. Non è rispettosa dell’art. 24 Cost. una tutela che si esprima in termini di solo risarcimento del danno, qualora l’interesse della parte lesa sia di eliminare gli effetti del contratto, così come, specularmente, una tutela invalidante può risultare spropositata o inutile come ha chiarito la Cassazione<sup>134</sup>.

Resta però ancora un punto. Ove la parte circonvenuta o in stato di dipendenza scelga di eliminare il contratto, quale tipo di invalidità opera? O l’annullabilità, da ricavare, come ritiene Rodolfo Sacco, dal combinato disposto degli artt. 1337 e 2058 c.c., oppure la nullità del contratto, nel tipo della nullità di protezione, in ragione della lesione del diritto inviolabile di autodeterminarsi sul piano dispositivo (art. 2 Cost.)<sup>135</sup>.

Spunti interessanti a favore della nullità si traggono da quel filone giurisprudenziale che ha argomentato la nullità della singola clausola dalla violazione diretta di principi e diritti costituzionali<sup>136</sup>. I quali, costituendo il punto di ancoraggio dell’autonomia negoziale, rappresentano il metro di valutazione della meritevolezza e liceità degli interessi espressi dal contratto.

La meritevolezza, almeno dal 1995<sup>137</sup>, staccandosi dalla

liceità del contratto, ha visto un incremento del suo impiego da parte della giurisprudenza, la quale, attraverso essa, controlla l’esercizio dell’autonomia negoziale. Così l’immeritevolezza esprime la contrarietà del patto non tanto alle norme positive, ma “al risultato [che esso] intende perseguire con i principi di *solidarietà, parità e non prevaricazione* che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati”<sup>138</sup>.

Si è così determinato un rafforzamento di tutela della parte di cui l’altra abbia approfittato<sup>139</sup>, attraverso una terza via funzionale ad eliminare il vantaggio ingiusto e sproporzionato senza un’adeguata contropartita. Il contratto atipico – ma anche tipico<sup>140</sup> – è immeritevole di esprimere la forza di legge, qualora persegua un risultato contrario a quei principi appena sopra richiamati<sup>141</sup>. E tale contrarietà attiene non già all’equivalenza delle prestazioni, ma ora all’irragionevolezza<sup>142</sup>, ora all’approfittamento di una condizione di debolezza o a entrambi i profili.

### L’esigenza di modernizzare la disciplina dei vizi del consenso

È emerso che l’ordimento italiano attribuisce rilevanza a quelle diverse condizioni di debolezza del contraente che precludano o limitino fortemente la volontà contrattuale. Alcune di esse, sebbene non previste nella parte generale

se la trasformazione del fatto in diritto” (188). Piuttosto il principio di effettività “attribuisce valore al fatto in virtù di norme di sistema che attribuiscono al giudice e all’interprete questo potere” (195).

<sup>134</sup> Cass., 27 giugno 2013, n. 21255, cit. Con questa pronuncia, la Cassazione si è mostrata sensibile alla dimensione dell’effettività della tutela, quale principio strettamente connesso all’attuazione piena della situazione giuridica protetta dall’ordinamento.

<sup>135</sup> S. Rodotà, *Consensus informato e principio di autodeterminazione*, in Stefano Rodotà, *Critica del diritto privato*, Editoriale e saggi raccolti da G. Alpa e M. R. Marella, Napoli, 2017, 24., ragiona sull’autodeterminazione come diritto fondamentale e autonomo rispetto al diritto alla salute, ma ne generalizza la rilevanza giuridica. Egli afferma che: “L’evidenza dell’autodeterminazione della persona come diritto fondamentale ... conferma la necessità di partire da questo per una interpretazione costituzionalmente orientata in tutte le materie [anche quella contrattuale] in cui il momento dell’autodeterminazione si manifesta”.

<sup>136</sup> Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Contratti*, 2014, 10, 853 e segg., con nota di S. Pagliantini, *L’equilibrio soggettivo dello scambio (e l’integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: “Il mondo di ieri” o un trompe l’oeil concettuale?*, riconosce il potere del giudice di dichiarare nulla, in tutto o in parte, la clausola contrattuale che preveda una caparra confirmatoria manifestamente eccessiva, per contrasto con il precetto costituzionale di solidarietà (art. 2 Cost.). In dottrina è soprattutto G. Perlingieri, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., 25 e segg., a sostenere con maggiori argomenti come la violazione dei principi costituzionali possa determinare la nullità del contratto. Cfr. anche Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corriere Giur.*, 2010, 1, 58 e segg., con nota di N. Izzo, *Il dovere di solidarietà sociale e l’ospitalità del conduttore*, si pronuncia per la nullità per violazione del principio di solidarietà (art. 2 Cost. in combinato disposto con gli artt. 29 e 30 Cost.) della clausola di cui all’art. 15 di un contratto di locazione con cui si faceva divieto al locatario, pena la risoluzione di diritto del contratto, “di ospitare non temporaneamente persone estranee al nucleo familiare anagrafico, quale risulta essere indicato all’atto della stipula del contratto”.

<sup>137</sup> Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Vita notar.*, 1996, 933 e segg., afferma l’immeritevolezza del patto parasociale di sindacato di voto, qualora esso preveda “obbligazioni indefinite nel tempo per le quali l’ordinamento mostra un così palese disfavore”.

<sup>138</sup> Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Leggi d’Italia on line*, sull’immeritevolezza della clausola *claims made* nella versione in cui prevede che per “sinistro” debba intendersi non la causazione di un danno a terzi, ma la domanda di risarcimento da parte del danneggiato all’assicurato-responsabile. Come pure, secondo la pronuncia *de qua*, è immeritevole la clausola che subordina l’indennizzo assicurativo alla presentazione della richiesta di risarcimento da parte del danneggiato durante il periodo di efficacia della polizza (con previsione di notifica nello stesso periodo alla compagnia assicuratrice). Cfr. anche Cass., Sez. un., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Contratti*, 2017, 4, 383 e segg., con nota di U. Carnevali, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*; in *Danno e Resp.*, 2017, 4, 441 e segg., con note di A. Palmieri-A. Pardolesi, *Claims made “code lunghe” e ostracismi giudiziari*; S. Monticelli, *Il giudizio di meritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*; F. Greco, *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l’erosione dell’autonomia contrattuale nell’interpretazione della giurisprudenza*; L. Locatelli, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*.

<sup>139</sup> Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, cit. e Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465, cit. Queste pronunce stigmatizzano anche la situazione in cui una parte sia “in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all’altra”.

<sup>140</sup> P. Perlingieri, “Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. Dir. Civ.*, 2017, 1 216, rileva che “un’indagine che muova dalla causa in concreto postula il superamento delle nette distinzioni tra disciplina generale del contratto e disciplina dei singoli contratti, tra disciplina del contratto (generale e no) e quella delle situazioni giuridiche patrimoniali”.

<sup>141</sup> Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, cit. e Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465, cit.

<sup>142</sup> P. Perlingieri, “Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale, cit., 218.219, chiarisce molto bene questo punto: il controllo di proporzionalità è “intrinsecamente collegato a quello di ragionevolezza, il quale prescinde da valutazioni meramente quantitative”. In tal modo si supera l’obiezione secondo cui attraverso il principio di proporzionalità si vorrebbe controllare arbitrariamente l’equilibrio economico raggiunto dalle parti. Il principio di ragionevolezza, rileva P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., 75, “assume a sua fondazione criteri estranei al circuito chiuso volontà legislativa/testo”, soprattutto i valori portati dalla Costituzione.

del contratto, possono essere giuridicamente rilevanti. Ciò avviene in forza della clausola generale di buona fede nelle trattative, che consente di andare oltre le fattispecie del dolo, della rescissione, dell'usura, dell'incapacità naturale, dell'abuso di dipendenza economica e della circonvenzione di incapace.

E, tuttavia, è probabilmente il caso di ammettere che, nonostante gli sforzi dell'interprete, il rimedio praticabile in caso di "stato di dipendenza" – per evocare il sintagma francese – rimanga incerto qualora si fuoriesca dalle fattispecie tipizzate. Di più: il giudice potrebbe anche rigettare la domanda dell'attore in ragione dell'irrelevanza della specifica condizione di debolezza fatta valere.

Il legislatore italiano dovrebbe, allora, trarre spunti da quello francese per intervenire sulla parte generale del contratto, in particolare sui vizi del consenso<sup>143</sup>. La cui disciplina va ritoccata in quanto troppo rigida<sup>144</sup>; ciò al fine di rafforzare la protezione della libertà di contrarre. Un punto di partenza di questo delicatissimo compito potrebbe essere costituito, oltre che dall'art. 1143 c.c., dal § 138 BGB che fa parte del titolo 2 ("Dichiarazione di volontà") del codice civile tedesco.

L'art. 138 BGB, com'è noto, al 2° comma, isola quattro situazioni riconducibili al vizio più generale, esplicitato dal 1° comma, della contrarietà al buon costume del negozio giuridico. Esse sono: lo stato di costrizione, l'inesperienza, la mancanza di discernimento o la rilevante debolezza della volontà di un altro. Lo sfruttamento di una di queste, ad opera della controparte la quale si fa promettere vantaggi patrimoniali, in evidente sproporzione rispetto alla prestazione, determina la nullità del negozio.

In questo ambito, particolarmente significativa è per il giurista italiano la giurisprudenza tedesca, cui si correlano diversi studi dottrinali sulla *Drittwirkung*<sup>145</sup>; in particolare sulla contrarietà al buon costume della fideiussione familiare rovinosa<sup>146</sup>. Secondo un autorevole studioso<sup>147</sup>, si è andati oltre il controllo giudiziario sulle disparità contrattuali, e segnatamente verso "un'accresciuta sensibilità del diritto costituzionale per i casi di corruzione strutturale nel settore privato". Qui si tratta di intervenire – continua il

nostro Autore – su un terreno complesso, dove non si può ragionare in termini di bilanciamento, bensì di incompatibilità "tra logiche di azione familiare ed economia"<sup>148</sup>.

Si obietterà, come si accennava sopra, che il legislatore tedesco, come quello francese, ha previsto fattispecie ampie, difficilmente circoscrivibili, che rischiano di minare in modo intollerabile la forza di legge del contratto e la certezza della circolazione dei diritti. In verità quest'obiezione ricorre ogniqualvolta vengano in rilievo le clausole generali o i concetti elastici. È decisivo un altro aspetto: la prevalenza della sicurezza dei traffici deve avere una giustificazione ragionevole. Ciò che sembra mancare qualora vi sia stato abuso della debolezza, dell'inferiorità altrui<sup>149</sup> o, come si diceva poc'anzi, della relazione familiare.

Viviamo in una società estremamente complessa, le cui dinamiche della conclusione del contratto non sono governabili esclusivamente da norme di dettaglio che delimitino con nettezza la fattispecie giuridica. Il diritto deve essere capace, ancora di più oggi, di arginare le derive della società moderna<sup>150</sup>, garantendo adeguatamente la vittima di una condotta incompatibile con i valori costituzionali che interessano il contratto, tra cui la libertà di contrarre<sup>151</sup>, espressione del più generale diritto di autodeterminarsi.

Ai fini della tutela, essenziale è che vi sia stata una volontà non pienamente libera perché coartata, soppressa o menomata a causa di una debolezza rilevante, di una pressione familiare o di una disinformazione sfruttata dalla controparte scorretta.

In tutti questi casi non può certo operare né la responsabilità della propria dichiarazione negoziale, né la certezza della circolazione. Deve prevalere, invece, la tutela dell'autonomia negoziale e della libera determinazione della persona di contrarre, attraverso la disponibilità di un rimedio effettivo.

Altri due aspetti appaiono meritevoli di attenzione in prospettiva *de jure condendo*: uno attiene al dovere di informazione, l'altro al dolo omissivo. Con riguardo al primo, appare equilibrata la soluzione accolta dall'art. 1112-1 c.c. che prevede, al 1° comma, un dovere generale di informare la controparte dei fatti determinanti per la conclusione del

<sup>143</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 608-609, fa un elenco di punti deboli e delle omissioni irragionevoli della disciplina dei vizi del consenso.

<sup>144</sup> G. Vettori, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., 105.

<sup>145</sup> AA.VV., *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, a cura di P. Femia, Napoli, 2018.

<sup>146</sup> G. Teubner, *Un caso di corruzione strutturale? La fideiussione dei familiari nella collisione di logiche d'azione incompatibili*, in *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, cit., 209 e segg.

<sup>147</sup> G. Teubner, *op. ult. cit.*, 223.

<sup>148</sup> G. Teubner, *op. ult. cit.*, 222, afferma che l'incompatibilità tra le due logiche, familiare ed economica, emerge, ad esempio, se "già al momento della conclusione del contratto sia ragionevole attendersi che egli [il garante che è un familiare] non potrà procurare al creditore nemmeno gli interessi correnti, nel caso in cui il debito garantito sia rimasto insoluto".

<sup>149</sup> Anche su questo profilo le parole di R. Sacco, *Il contratto*, cit., 612, sorprendono per la forza di penetrazione della realtà della fenomenologia contrattuale. Egli si domanda a chi possa giovare "questa sicurezza del traffico" che ha alla base un'operazione economica ingiusta. "Non al contraente vittima, che preferisce l'annullamento del vincolo nocivo (se non lo preferisce, non lo promuoverà). Giova al

terzo: ma il terzo, se di buona fede, avrà la protezione, globale e indivisibile, che gli assicura l'art. 1445 c.c. e, in sua carenza, la regola di apparenza; non ha dunque bisogno della validità dei contratti fondati sulla prepotenza e sull'ambiguità. Giova, infine, al contraente ricattatore, baro, profittatore, parassita, usuraio". Ma il sistema, conclude l'Autore, non protegge certo quest'ultimo, anzi appresta strumenti diversi, come si è constatato nel testo, per avversare gli effetti del contratto.

<sup>150</sup> B. Mallet Bricout, *La violence par abus d'un état de dépendance*, in corso di pubblicazione negli atti del Convegno "La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese", Campus universitario di Fisciano, 11 ottobre 2017.

<sup>151</sup> È evidente che quando c'è abuso o approfittamento di una condizione di debolezza della controparte, la dichiarazione negoziale di quest'ultima non può suscitare alcun affidamento nell'autore della condotta. L'impegno giuridico assunto dalla vittima è viziato, perché si ha una carenza della sua volontà. Carenza che deve emergere univocamente nel giudizio di impugnazione del contratto. Questo profilo è importante e non è un caso che sia l'art. 1143 c.c., sia l'art. 138 BGB, come pure gli articoli sopra ricordati delle fonti persuasive del diritto europeo, richiedano rispettivamente, per l'invalidità del contratto, che vi sia una sproporzione tra le prestazioni "evidente" o "manifestamente eccessiva" o che risulti un ingiusto profitto.

contratto, laddove, al 3° comma, vi è una predeterminazione legale di fatti di tal genere.

Il secondo aspetto riguarda il rilievo, ancora avvolto da

incertezza nel nostro ordinamento, della mera omissione dolosa di un fatto che una parte sa avere carattere determinante per l'altra (art. 1137, 2° comma, c.c.).

## Morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel *code civil*

Luciano Pontiroli

L'Autore in un precedente scritto aveva intrapreso una riflessione critica sulla riforma del diritto generale dei contratti compiuta in Francia mediante l'*Ordonnance* del Presidente della Repubblica in data 10 febbraio 2016, esaminando la discussione dottrinale attorno alla pretesa arretratezza del diritto del contratto in Francia ed alcune proposte intese a superarla. Una volta pubblicata l'*Ordonnance* – insieme con il *Rapport de présentation au Président de la République* da parte del Ministro francese della Giustizia – l'ipotesi, allora avanzata, che quel riesame potesse giovare alla comprensione delle basi politiche e culturali ispiratrici delle recenti scelte del legislatore francese, andando oltre le dichiarazioni ufficiali che pretendevano di illustrarle, sembra ora trovare parziale conferma. Si vedrà, infatti, che la presentazione dell'*Ordonnance* compiuta nel *Rapport* non sempre corrisponde alla reale portata della riforma che non si riduce ad un mero aggiornamento della materia ma persegue ulteriori obiettivi, talora contraddittori, tali da minarne la coerenza.

In questo scritto si rievocano rapidamente le occasioni che diedero luogo alla ricordata discussione dottrinale e le proposte di riforma, di matrice accademica, che essa aveva stimolato; s'indagherà poi attorno alle risposte offerte dal Governo francese riguardo ad alcuni temi che appaiono di particolare interesse, sia esso simbolico o pratico: in primo luogo, l'affermazione solenne di principi generali in parziale conflitto tra loro, quindi la soppressione della causa quale requisito di validità del contratto ed il suo assorbimento, insieme con l'oggetto, nella nuova ed indefinita nozione di contenuto, ma anche la codificazione della caducità del contratto e del contratto di adesione, l'espansione del dominio della buona fede e la faticosa elaborazione della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. *In itinere*, non mancheranno alcune riflessioni critiche a proposito della nuova definizione legislativa del contratto ed alla introduzione di disposizioni sulla sua formazione.

### L'arretratezza del *code civil* all'epoca dell'armonizzazione europea

Le riforme intervenute nei due secoli trascorsi dalla promulgazione del *code civil* non avevano sinora inciso sulla disciplina generale del contratto: il potere legislativo s'era astenuto da interventi in materia, preferendo ricorrere alla legislazione speciale<sup>1</sup> mentre la giurisprudenza, in particolare quella della *Cour de Cassation*, aveva cercato di offrire risposte adeguate ai problemi posti dalle trasformazioni sociali, ricorrendo ad interpretazioni innovative delle disposizioni legali che spesso incontrarono le critiche della dottrina<sup>2</sup>.

Per altro verso, nella seconda metà del secolo XX, la graduale formazione di un diritto privato europeo aveva contribuito in maniera rilevante alla frammentazione del

diritto contrattuale in Francia, come pure negli altri stati membri dell'Unione: ma fu la pubblicazione dei Principi di diritto europeo dei contratti a colpire i giuristi francesi, attirandone l'attenzione sulle loro divergenze di metodo e di contenuto rispetto al *code civil*<sup>3</sup>. La presa d'atto di queste divergenze, insieme con la pubblicazione del piano d'azione della Commissione Europea rivolto all'armonizzazione del diritto generale del contratto<sup>4</sup>, sarebbero state la ragione determinante del riconoscimento di un'arretratezza delle disposizioni vigenti che le celebrazioni del secondo centenario dell'opera napoleonica non intesero occultare<sup>5</sup>: al contrario, furono alle origini di un movimento accademico intento a recuperare l'antica influenza internazionale del diritto francese e ad assicurare un suo ruolo preminente nello sviluppo del diritto privato europeo<sup>6</sup>. Inaugurò questa prospettiva il progetto preliminare redatto da trenta-

<sup>1</sup> Questa sarebbe stata poi raccolta in codici di settore, disciplinanti, tra l'altro, l'edilizia abitativa, i rapporti agricoli, la moneta e la finanza, i rapporti di consumo, le assicurazioni e la proprietà intellettuale. Tentativi di riforma, in realtà, non erano mancati, a partire dalle discussioni che seguirono la pubblicazione del *B.G.B.*, pochi anni prima del centenario del *code civil*, ma non ebbero esito. Il progetto di Codice delle obbligazioni franco-italiano pubblicato nel 1927 rimase un documento storico e la commissione istituita nel secondo dopoguerra non concluse i suoi lavori. In seguito all'avvio dell'unificazione economica del continente, era prevalsa l'idea di attendere l'elaborazione di una codificazione europea: cfr. F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson e J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2017, 9 e segg.

<sup>2</sup> La risalente tradizione d'indipendenza, per usare un eufemismo, della magistratura francese è stata ricostruita da J. Krynen, *L'État de justice: France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, I, 2009 e II, 2012.

<sup>3</sup> Ne rendono testimonianza i contributi al colloquio svoltosi nel gennaio 2003 presso l'Università di Parigi XI, raccolti in P. Rémy-Corlay e D. Fenouillet, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003.

<sup>4</sup> La Commissione Europea propose, nel giro di pochi anni, le comunicazioni in data 11 luglio 2001 COM (2011) 398, 12 febbraio 2003 COM (2003) 68 e 11 ottobre 2004 COM (2004) 651; dopo alcuni anni propose la comunicazione 10 luglio 2010 COM (2010) 348, promuovendo un'ampia consultazione pubblica. Il sostanziale abbandono del progetto di un *Common Frame of Reference* avrebbe poi condotto all'elaborazione di uno strumento giuridico denominato *Common European Sales Law* che, peraltro, non sembra destinato ad ulteriori progressi.

<sup>5</sup> Il contributo di J. Mestre, *Le difficultés de la recodification pour la théorie général du contrat*, nel volume celebrativo *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, 231 e segg., dà atto di "un léger vieillissement de nos dispositions légales" che ne giustificerebbe la revisione per mettere il diritto francese dei contratti al riparo da certe critiche e contemporaneamente porlo a fondamento dei processi di armonizzazione europea, adeguandone le regole al nuovo contesto economico e sociale.

<sup>6</sup> Nel volume curato da V. Sagaert, *La réforme du droit privé en France*, Bruxelles, Larcier, 2009, si legga, in particolare, R. Cabrillac, *L'Avant-projet de réforme français du droit des obligations*, 59.