

Obbligazioni e contratti

Forniture non richieste: valore negoziale del silenzio e procedimenti formativi del contratto

CASSAZIONE, sez. II, 4 dicembre 2007, n. 25290 - Pres. Vella - Est. Colarusso - P.M. Ceniccola - I. C. c. M. ditta s.a.s.

Fornitura non richiesta - Inconfigurabilità del mero invio della merce quale proposta implicita di contratto - Silenzio del destinatario e procedimenti formativi del contratto - Mancanza di conclusione del contratto

In assenza di una valida accettazione il contratto non si perfeziona mediante il mero silenzio del destinatario di una fornitura non richiesta.

(omissis)

Motivi della decisione

1. Nel primo, secondo, terzo e quarto motivo - che possono essere esaminati congiuntamente per la loro connessione logica e funzionale - la ricorrente deduce, sotto vari profili, la violazione degli artt. 1362 (1326), 1366, 1517 e 2697 c.c. con riferimento “al momento genetico dell'accordo”, al “momento esecutivo”, alla “rilevanza del silenzio” ed, infine, all’“onere di attivazione dell'acquirente”. La ricorrente sostiene, in sintesi, che “il documento fiscale accompagnatorio” della merce era stato emesso nello stesso giorno delle consegne avendo la Masco comunicato alla mittente i propri dati fiscali; che dalla condotta delle parti, che avevano intrattenuto precedenti rapporti commerciali, doveva essere desunto il momento genetico dell'accordo”; che la consegna della merce, l'apertura del pacco che la conteneva, il silenzio serbato dalla Masco per oltre tre mesi, le modalità delle altre consegne, la conoscenza, da parte del titolare della Masco, del numero telefonico della Informatic Center, il recapito della merce a mezzo di un “corriere occasionale amico di entrambe le parti”, il mancato rifiuto immediato della merce stessa, erano indicativi di un pregresso accordo. Quanto alla mancata indicazione del corrispettivo, esso poteva desumersi “in un modo o nell'altro dai fatti oggettivi della vicenda processuale”. La Masco, peraltro, rimasta silente per lungo tempo, non aveva dato dimostrazione di una volontà contraria all'accettazione.

1.a. I motivi sono, nel loro complesso, inammissibili, atteso che, con essi, si pretende dalla ricorrente la com-

pleta rivisitazione dei fatti (alcuni dei quali totalmente nuovi e non accertati, o accertati in modo contrario rispetto alla prospettazione del ricorrente, quali la presenza della fattura nel pacco della merce, le altre due consegne, i pregressi rapporti commerciali, le modalità di recapito della merce, le presunte telefonate intercorse) al fine di dimostrare la tesi del perfezionamento del contratto opposta a quella cui è pervenuto il giudice di merito a seguito dell'esame dettagliato degli elementi certi acquisiti in causa (la mera consegna della merce, non sicuramente accompagnata da documento indicante il corrispettivo).

1.b. La proposta contrattuale consiste in una manifestazione univoca denotante l'impegno del proponente, e non una sua mera disponibilità o un auspicio (Cass. 6922/82), ed è integrata dalla volontà del dichiarante di dirigere verso l'oblato l'espressione di un intento idoneo ad essere assunto come contratto (Cass. 7094/01; Cass. 6741/87). La proposta, inoltre, per poter assolvere la sua stessa funzione, deve contenere tutti gli elementi essenziali del contratto che mira a concludere e deve avere il carattere della completezza con riguardo, almeno, a tali elementi, tra i quali, nella compravendita, si annovera certamente il prezzo.

1.c. L'accettazione, poi, che è atto di natura ricettizia, deve consistere nella totale ed incondizionata adesione alla proposta da parte dell'oblato, che esprime una volontà conforme alla proposta, così che il contratto può ritenersi concluso soltanto se si realizza la piena congruenza, anche nelle clausole accessorie, tra proposta ed accettazione.

1.d. In materia contrattuale, il silenzio, che, di per se,

non costituisce manifestazione negoziale, può acquistare il significato di un fatto concludente o di manifestazione negoziale tacita (Cass. 3957/83), tale da integrare consenso e determinare il perfezionamento di un rapporto contrattuale ed assume tale portata laddove si accompagna a circostanze e situazioni, oggettive e soggettive, che implicano, secondo il comune modo di agire, un dovere di parlare, specie quando il silenzio stesso venga serbato a fronte di una dichiarazione di altri, comportante, per chi tace, un obbligo.

1.e. La valutazione dei fatti di causa, al fine di accertare la sussistenza della proposta e dell'accettazione di essa nonché il valore contrattuale del silenzio serbato da una parte è devoluta al giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità ove sia sorretta da motivazione adeguata ed immune da vizi logici e giuridici. Nella specie, il giudice di merito ha svolto le sue valutazioni attenendosi ai principi di diritto sopra enunciati ed attraverso chiaro percorso motivazionale che, partendo da un adeguato esame dei fatti accertati e senza incorrere in contraddizioni logiche, perviene alle decisive conclusioni della mancanza di una proposta - non integrata dal mero invio della merce senza una documentazione contenente il prezzo - dell'assenza di una valida accettazione, in mancanza di elementi, oggettivi e soggettivi, che consentano di valorizzare il silenzio.

2. Col quinto motivo si denuncia violazione dell'art. 1355 c.c. Il motivo è inammissibile perché generico e privo di qualsiasi riferimento ai fatti di causa ed alle argomentazioni della sentenza impugnata.

3. Nel sesto motivo, la ricorrente, denunciando violazione dell'art. 2697 c.c., comma 2, rileva che la ditta convenuta aveva l'onere di dimostrare la tempestività della "disdetta del negozio". Vengono, nel motivo, riproposti, in buona parte, alcuni degli elementi di fatto già enunciati nei precedenti motivi, al fine di sostenere che un contratto era stato concluso e che, dopo la consegna, la controparte non aveva dimostrato di aver tempestivamente "disdetto il negozio". L'infondatezza del motivo è evidente, atteso che la logica che lo sorregge presuppone la premessa che un contratto fosse stato concluso, cosa che il giudice di appello ha, come si è detto, motivatamente escluso.

4. Col settimo motivo si denuncia violazione dell'art. 1327 c.c.

Viene descritta una prassi - asseritamente in uso e semplificata - di conclusione dei contratti da parte della ricorrente. Secondo tale prassi "si passa alla fase esecutiva ancorché pervenga l'accettazione" e colui che riceve la merce può respingerla o restituirla "con lo stesso mezzo entro il tempo che il c.c. prevede".

Il motivo, prima che infondato, poiché non supera le obiezioni con cui il giudice di merito ha respinto la tesi della conclusione del contratto, è inammissibile perché si fonda su un argomento difensivo nuovo e coinvolge questioni di fatto, asseritamente collocabili nelle ipotesi normative regolate dall'art. 1327 c.c. mai prospettate in sede di merito.

4. Col l'ottavo mezzo, denunciando vizio di motivazione, la ricorrente, nella prima parte della censura e nell'intento di dimostrare la conclusione del contratto, ripropone (sotto il profilo della mancata attivazione da parte della Masco nel disdire la volontà) le stesse questioni di fatto già oggetto del sesto motivo.

Nella seconda parte lamenta che il giudice di appello non ha provveduto sull'azione di indebito arricchimento.

Il motivo è inammissibile, poiché, nella prima parte, richiede il riesame dei fatti già compiutamente valutati dal giudice di merito, e, quanto al secondo rilievo, non precisa in quali atti ed in quali termini l'azione di indebito arricchimento sia stata proposta.

5. Col nono mezzo, denunciando la violazione dell'art. 92 c.p.c., la ricorrente sostiene che il giudice di appello avrebbe dovuto compensare le spese valutando il complesso delle circostanze di causa. Il motivo è infondato, essendo palese l'insussistenza della dedotta violazione dell'art. 92 c.p.c., atteso che il giudice di appello, nel governo delle spese, si è attenuto al principio fondamentale della soccombenza.

6. Il ricorso, in conclusione, deve essere rigettato, senza pronuncia sulle spese, non avendo la parte intimata svolto attività difensiva in questa sede.

P.Q.M.

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso.

IL COMMENTO

di Laura Tafaro

Al mero silenzio del destinatario di una fornitura non richiesta non può attribuirsi il valore di comportamento concludente o di manifestazione negoziale tacita. Ne consegue che, in assenza dell'accettazione della proposta contrattuale, il contratto non si perfeziona con il procedimento formativo

generale previsto dagli artt. 1326 ss. c.c. Esso non si conclude nemmeno mediante lo schema formativo consistente nella proposta di contratto e nel suo mancato rifiuto ai sensi dell'art. 1333 c.c. L'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale da parte del contraente dotato di maggiore potere contrattuale costituisce un comportamento contrario a buona

fede. La violazione delle regole di comportamento può incidere sulle regole di validità del contratto a valle del comportamento scorretto. Le problematiche del contegno omissivo non sono riconducibili a quelle relative al ruolo del silenzio nei procedimenti formativi del contratto.

La vicenda posta all'attenzione dei giudici del Supremo Collegio riguarda l'invio, da parte della società *Informatic Center*, di una fornitura di videogiochi alla s.a.s. Masco in assenza di una previa ordinazione. La merce perviene alla società destinataria della fornitura (non richiesta) in un pacco privo di nota di accompagnamento, di fattura o di un qualsiasi altro documento. La ricevente, lungi dal rifiutarlo immediatamente, apre il pacco e, serbandolo un totale silenzio, lo tiene con sé per oltre tre mesi. Soltanto a seguito della successiva richiesta di pagamento del corrispettivo da parte della società-mittente della fornitura non richiesta, la società destinataria, rompendo il silenzio, contesta la mancata conclusione del contratto di fornitura e mette a disposizione la merce ricevuta.

La società ricorrente sostiene che il contratto di fornitura si era concluso, ai sensi degli artt. 1326 ss. c.c., poiché le circostanze dell'invio e della mancata restituzione immediata del pacco avrebbero perfezionato il necessario raggiungimento dell'accordo. Secondo la *Informatic Center* il silenzio della Masco, la quale pur potendo respingere subito il pacco ricevuto lo aveva trattenuto presso di sé, nel caso di specie avrebbe assunto valore negoziale, anche in considerazione delle circostanze, collegate con la frequenza dei rapporti tra le due società, che lo accompagnavano.

In tale direzione (sosteneva la *Informatic Center*) deponevano, infatti, i dati inequivoci desumibili dalle circostanze che nel pacco della merce sarebbe stata contenuta la relativa fattura e che il documento fiscale accompagnatorio della merce sarebbe stato emesso il giorno della consegna della merce a seguito della comunicazione, da parte della società Masco (destinataria della fornitura), dei propri dati fiscali. Di conseguenza, la consegna del pacco concretizzava una proposta di contratto in quanto, oltre a contenere gli elementi essenziali del contratto che mirava a concludere, manifestava in modo inequivocabile la volontà del suo autore di rivolgere una proposta contrattuale al destinatario di essa. Di fronte a tale proposta il semplice silenzio della Masco non poteva configurarsi altrimenti che come accondiscendenza alla conclusione del contratto. E ciò sarebbe stato ulteriormente avvalorato dalle modalità che, in concreto, avevano caratterizzato il silenzio della S.a.s. Masco. Esse, infatti, consistevano in significative circostanze: tra le due società erano intercorsi pregressi rapporti commerciali di forniture; il titolare della società Masco conosceva il numero telefonico della società che aveva inviato la fornitura non richiesta e, quindi, avreb-

be potuto manifestare una volontà contraria all'accettazione; la merce era stata consegnata da un corriere amico di entrambe le parti e, pertanto, il destinatario avrebbe potuto esprimere una sua diversa volontà rifiutando immediatamente la merce al momento della consegna - peraltro effettuata a mezzo di un amico comune; infine, la durata del silenzio della Masco, protrattosi per oltre tre mesi, che da sola lasciava intendere l'adesione alla proposta della *Informatic Center*. Queste circostanze sia da sole, sia nel loro insieme, secondo la società ricorrente, erano significative per attribuire al silenzio il valore di accettazione della proposta di contratto; nel concreto esse avrebbero in qualunque momento consentito al destinatario della fornitura non richiesta la dimostrazione di una volontà contraria all'accettazione.

La Suprema Corte investita del caso ha respinto l'istanza della *Informatic Center*, ritenendo non condivisibile la sua tesi di contratto perfezionato attraverso le modalità indicate ed il silenzio della Masco.

Le forniture non richieste

La soluzione del caso va oltre il fatto in sé ed investe punti centrali della disciplina dei contratti sia a livello nazionale, sia a livello comunitario. La fattispecie, invero, concerne punti centrali, quali la rilevanza del contegno omissivo di una parte nella conclusione del contratto, il rinnovato ruolo della clausola generale di buona fede, le conseguenze discendenti dall'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale e, infine, i rimedi esperibili nel caso di violazione, da parte dei contraenti, delle regole di comportamento secondo correttezza.

Nello specifico, inoltre, la questione sottopone alla riflessione dell'interprete la pratica commerciale, purtroppo diffusa, della fornitura di merci o servizi non richiesti (1) per i quali si esiga il corrispettivo (2).

Occorre rilevare che, nel caso di specie, nessuno dei contraenti agisce in qualità di consumatore (3). Pur

Note

(1) Una condivisibile tesi considera la nozione di fornitura non richiesta comprensiva di tutte le prestazioni «giuridicamente non dovute [...] eseguite a vantaggio di un soggetto che non ne abbia fatto preventivamente richiesta allo scopo di indurlo ad accettare di concludere un contratto»: G. De Cristofaro, *Le «forniture non richieste»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 303.

(2) Con riferimento alle pratiche commerciali consistenti nell'attivazione/disattivazione di servizi non richiesti, l'Autorità Garante per le Garanzie nelle Comunicazioni ha di recente intensificato l'attività di vigilanza ed ha predisposto un apposito modulo per la denuncia di eventuali violazioni della normativa di settore, sul punto v. www.agcom.it/operatori/denuncia_servizi.htm#03.

(3) Il consumatore, come si è autorevolmente evidenziato, esprime un modo d'essere della persona umana in relazione al ruolo che essa riveste nel mercato; la relativa posizione contrattuale è pertanto «da individuare e accertare di volta in volta»: P. Perlingieri, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in *Aa.Vv., Il diritto dei consumi*, I, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, Rende, 2005, 18; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 511 s.

sussistendo le medesime esigenze di tutela del contraente in condizione di debolezza contrattuale a fondamento della disciplina dei contratti dei consumatori, non sembra applicabile il novellato art. 57, comma 1, c. cons., ai sensi del quale: «Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso l'assenza di risposta non implica consenso del consumatore» (4).

Sembra potersi affermare, tuttavia, che la disposizione, oltre ad essere direttamente applicabile ai contratti nei quali uno dei contraenti agisca in qualità di consumatore, sia espressione di un principio generale, operante in tutti i contratti caratterizzati dalla medesima asimmetria di potere contrattuale, in base al quale, in caso di fornitura non richiesta, la mancanza di risposta del destinatario non integra consenso.

Nel diritto dei consumi, quindi, per espressa valutazione legislativa, in presenza di una (illecita) fornitura di beni o servizi, se il contraente tace non acconsente; il suo comportamento (la mancata risposta) non vale a perfezionare il contratto; in tal modo è eliminata in radice la possibilità di attribuire al contegno omissivo del destinatario della fornitura il valore di manifestazione - espressa o tacita - di volontà.

Nel caso in commento, dall'assenza dell'accettazione, da parte della s.a.s. Masco, della proposta di contratto implicitamente contenuta nella fornitura non richiesta, deriva la mancanza dell'accordo, requisito essenziale del contratto ai sensi dell'art. 1321 c.c.

Al riguardo va segnalato che da tempo, in dottrina, ci si domanda se l'assenza del consenso determini o meno anche la mancanza dell'accordo (5), ossia, detto in altri termini, se il concetto di accordo contrattuale implichi necessariamente una manifestazione di consenso proveniente da ciascun contraente (6).

La risposta all'interrogativo non è certo agevole e coinvolge aspetti di teoria generale del contratto, quali il c.d. dogma della volontà e la supposta inscindibilità fra accordo e contratto (7).

Al riguardo non può sottacersi il monito, autorevole, rivolto all'interprete ad «evitare i pericoli di un arido strutturalismo, sottraendosi, pur a malincuore, al fascino di dotte disquisizioni sull'accordo, sullo scambio senza dialogo e senza accordo» (8) con il contestuale invito, in alternativa, a spostare l'attenzione sugli aspetti teleologici e assiologici dei singoli atti di autonomia negoziale (9).

I procedimenti di formazione del contratto e la necessaria bilateralità del consenso

Va subito rilevato che i procedimenti di conclusione del contratto e, nello specifico, della formazione del consenso rivenienti dalla normativa comunitaria (10) sono diversi rispetto al modello ereditato dalla tradizione e consegnatoci dagli artt. 1326 ss. c.c., ossia allo schema generale di formazione del contratto mediante lo scambio di proposta e accettazione. Nella normativa

comunitaria, una particolare cura è dedicata ai procedimenti formativi del consenso (11) e, nello specifico, al loro modo di atteggiarsi nei contratti del consumatore: il legislatore «procedimentalizza» il consenso (12) e,

Note:

(4) La disposizione non era nuova nel sistema; essa riproduceva, senza variazioni, l'art. 9 del d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, con il quale si era data attuazione alla direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

(5) Sul punto v. già V.M. Trimarchi, *Accordo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 297 ss.

(6) Sul punto cfr. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 20 ss. e, tra gli altri, M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, 48. Sul concetto normativo di accordo contrattuale v., in particolare, G.B. Ferri, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 187 ss.; Id., *La nozione di contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, I, 20; G. Benedetti, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 649 ss.; F. Realmondo, *Accordo delle parti e rapporti giuridici preparatori, responsabilità contrattuale*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XII, II ed., Torino, 2000, 16.

(7) L'affascinante dibattito al riguardo è noto. L'identificazione dell'accordo con il "dialogo" tra le parti porta ad escludere che vi sia accordo in mancanza di tale dialogo, per questa posizione v. N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim.*, 1998, I, 1 ss. Contra G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss. Per la relativa replica v. N. Irti, «È vero, ma...» (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273 ss. Vivace il dibattito dottrinale successivo, per il quale v. G. Benedetti, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul "diritto muto"*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Responsabilità civile e tutela dei diritti, Milano, 1998, 701 ss. (e in *Eur. dir. priv.*, 1999, 137 ss.); Id., *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, in *Aa.Vv., Scrittura e diritto*, Milano, 2000, 75 ss.; A. Bortoluzzi, *Umanizzazione del contratto?*, in *Vita not.*, 1999, 1618 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II, ed., Milano, 2000, 43 s., (al quale ribatte N. Irti, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim.*, 2000, 601 ss.); Id., *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, 1120 ss.; F. Criscuolo, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, 55 ss.; A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 12 ss., 79 s., nota 120, 144 ss.; F. Di Marzio, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 727 ss.; F. Gazzoni, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 655 ss.; L. Sambucci, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002, 256 ss., 266 ss.; L. Franzese, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2004, 43 ss.; E. Leccese, *Il contratto e i contratti: alcune riflessioni*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 86 ss., 102 ss.

(8) P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, ora in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 427.

(9) P. Perlingieri, *op. loc. ult. cit.*

(10) Si è opportunamente evidenziato che questi procedimenti di formazione del contratto sembrano dar vita ad un «sistema nuovo, dotato di una sua logica nuova, la quale non consente di interpretare *sic et simpliciter* la normativa della quale si tratta alla stregua dei canoni e con l'ausilio delle categorie proprie del sistema precedente»: R. Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 77.

(11) Sul punto significative le riflessioni di G. Oppo, *Contratto e mercato*, in *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, 193 ss.; V. Buonocore, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 379 ss.; Id., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 1999.

(12) Sull'opportunità di scandire l'attività delle parti che sfocia nell'accordo in più fasi e sulla nozione di procedimento di formazione dell'accordo è d'obbligo il riferimento a Salv. Romano, *Vendita, Contratto estimatorio*, Milano, 1959, V, 667; Id., *Autonomia privata (Appunti)*, in *Studi in onore di F. Messineo*, IV, Milano, 1959, 397 ss.; Id., *Introduzione allo*

(segue)

per esso, ha ben poco senso continuare ad applicare, per la conclusione del contratto, lo schema dello scambio delle dichiarazioni previsto dall'art. 1326 ss. c.c.

Va però precisato che la mancanza del consenso effettivo al momento della conclusione del contratto costituisce il *quid novi* dei procedimenti di formazione del consenso nei contratti di derivazione comunitaria; essa non ha niente a che vedere con le diverse problematiche attinenti ai procedimenti legali di formazione del contratto previsti dal codice civile (agli artt. 1327 e 1333) in alternativa allo schema generale di conclusione del contratto disciplinato dagli artt. 1326 ss. c.c.

Le ipotesi codicistiche di semplificazione del procedimento formativo del contratto sono difatti caratterizzate non dalla mancanza del consenso effettivo, bensì dall'assenza della dichiarazione di volontà di uno dei contraenti. I relativi schemi formativi del contratto non prevedono la necessità dell'accettazione - mediante una dichiarazione di volontà - della proposta contrattuale ai fini del perfezionamento del contratto. Esse segnano i confini dell'ambito della contrattualità e dei contratti - formati o meno con lo schema previsto dal 1326 ss. - rispetto agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale (disciplinati dall'art. 1324 c.c.). Il minimo comune denominatore, per così dire, di tutti i procedimenti legali di formazione del contratto è però sempre rinvenibile nella bilateralità contrattuale (13). Su di essa e sul suo significato (14) occorre soffermarsi, con la acquisita consapevolezza della necessità di andare oltre le riflessioni sul contratto condotte esclusivamente o prevalentemente dal punto di vista strutturale, finalizzate «a delimitare i confini tra bilateralità c.d. imperfetta e unilateralità» (15).

Ai fini della presente indagine è ineludibile l'interrogativo intorno al modo di atteggiarsi dell'accordo (16) nei procedimenti formativi diversi da quello previsto dagli artt. 1326 ss. c.c. (17).

Va rilevato che, nel caso in commento, la società ricorrente introduce in Cassazione un interessante argomento difensivo nuovo che, per questa ragione, i giudici del Supremo Collegio omettono di occuparsene; essa ipotizza il perfezionamento del contratto di fornitura mediante l'inizio dell'esecuzione, ossia attraverso uno dei procedimenti formativi del contratto previsti in alternativa allo scambio tra proposta ed accettazione e, precisamente, quello disciplinato dall'art. 1327 c.c., richiamando la prassi semplificata di conclusione dei contratti che essa è solita adoperare.

Opportunamente, invece, non invoca il procedimento formativo del contratto regolato dall'art. 1333 c.c., consistente nella proposta e nel suo mancato rifiuto (18). Esso rappresenta, secondo la dottrina dominante (19), una fattispecie formativa c.d. minima di contratto, nella quale la bilateralità si risolve nella proposta contrattuale e nella mera astensione dal rifiuto della proposta.

La fattispecie formativa prevista dall'art. 1333 c.c.

costituisce l'unica ipotesi legale nella quale al silenzio-inerzia (consistente nel mancato rifiuto dell'oblato) è attribuito il valore di elemento costitutivo del contratto; per il perfezionamento di esso è pertanto sufficiente il mancato rifiuto della proposta in un tempo ragionevole (20).

Note:

(segue nota 12)

studio del procedimento nel diritto privato, Milano, 1961, 57 ss. *Contra* S. Galeotti, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Jus*, 1955, 501 ss.; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 42; Id., *Aspetti problematici del processo al legislatore*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 12. Più di recente v., con prospettive diverse, A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, II ed., Torino, 2000, 33 ss.; G.F. Minniti, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadrimestre*, 1993, 423 ss.; A.G. di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 40 ss.; C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 92 ss.; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 48 ss.; A.C. Nazzari, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, 235, 279.

(13) Sul dogma della bilateralità va invero segnalata la nota tesi secondo la quale «la bilateralità non è, né è mai stata, requisito di tutti i contratti»: R. Sacco, *La nozione di contratto*, cit., 245, con la precisazione, importante ai nostri fini, che: «Beninteso, la bilateralità nella formazione del contratto sarà indispensabile se gli effetti del contratto sono bilaterali [...] Il quesito [...] sorge ovviamente solo per contratti tendenti ad imporre obblighi o altre perdite a una sola delle parti». Sul punto v., da ultimo, F. Rossi, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, I, Napoli, 2005, 107 ss.

(14) L'interrogativo, in dottrina, è risalente. Sul punto cfr., in particolare, C. Donisi, *Il contratto con se stesso*, Camerino-Napoli, 1982, 37 ss., P. Spada, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 745.

(15) P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 370.

(16) Sul significato del termine accordo e sulla sua ambiguità cfr. V.M. Trimarchi, *Accordo (teoria generale)*, cit., 297; P. Rescigno, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 3 ss.

(17) Sul punto v., *ex multis*, P. Vitucci, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, 28. In base alla teoria tradizionale il momento perfezionativo del contratto è sempre e comunque quello nel quale si realizza la fusione delle volontà, in questo senso v., per tutti, G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 109 ss.

(18) Per l'autorevole seppure minoritaria opinione la quale esclude la riconducibilità al contratto del procedimento disciplinato dall'art. 1333 c.c., v. R. Sacco, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di P. Graco*, II, Padova, 1965, 866 s. e 951 ss.; Id., *La nozione di contratto*, cit., 243 ss.; nel senso dell'unilateralità della fattispecie, ma con differenti prospettive v. G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 185 ss.; F. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, I, Milano, 1987, 93 ss.

(19) Da ultimo, per un'esauritiva rassegna delle principali ricostruzioni ermeneutiche relative alla struttura del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, F. Rossi, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, cit., 95 ss.; E. Damiani, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000, 125 ss.

(20) In questo senso, già con riferimento all'art. 36, comma 4, cod. comm., C. Vivante, *Tratt. dir. comm.*, IV, V ed., Vallardi, 1935, 14 s. Con riferimento all'attuale 1333 c.c., nel senso che il rifiuto abbia la funzione di eliminare un effetto già prodottosi, G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 171 ss. La fattispecie del 1333 c.c. è talvolta accostata a quella degli atti unilaterali ricettizi, per i quali è riconosciuto il potere di rifiuto (art. 1334 c.c.), così P. Rescigno, *Contratto (in generale)*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1988, IX, 24.

Nella fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c. la conclusione del contratto ha luogo senza lo scambio di proposta ed accettazione; tuttavia, questo peculiare modo di formazione del contratto è proprio esclusivamente di questo schema legale.

Ne consegue che il caso di specie ed ogni altra ipotesi di fornitura - di beni o servizi - non richiesta, non possono essere ricondotte alla fattispecie disciplinata dall'art. 1333 c.c. In quest'ultima il contegno omissivo del destinatario della proposta contrattuale è un comportamento legalmente tipizzato (21); è il legislatore stesso ad attribuire espressamente al mancato rifiuto della proposta entro un termine ragionevole il valore di contegno idoneo a concludere il contratto (22).

Inoltre va detto che, nella fattispecie prevista all'art. 1333 c.c., la non necessità dell'accettazione della proposta contrattuale mediante una dichiarazione di volontà espressa si giustifica in considerazione della circostanza che gli effetti sfavorevoli del contratto gravano esclusivamente sul proponente; in via generale, invece, il principio dell'intangibilità dell'altrui sfera giuridica (23) porta ad escludere che, in assenza di risposta da parte del destinatario, il contratto possa ritenersi concluso (24). In altri termini, qualora il contratto sia volto a produrre effetti sia favorevoli sia sfavorevoli a carico ed a beneficio di ciascun contraente, è richiesta la bilateralità delle dichiarazioni e la necessità del consenso di ciascun contraente. Ciò al fine di assicurare, per così dire, l'immunità della sfera giuridica di ciascuno dalla non voluta imposizione di impegni o gravami (25).

L'esigenza della semplificazione del procedimento di conclusione del contratto incontra dunque il limite del principio del rispetto per le sfere patrimoniali, costituito dal carattere vantaggioso dell'effetto (26).

Nello specifico della vicenda esaminata nella sentenza in commento, per la fornitura di videogiochi era dovuto il corrispettivo; anche questa circostanza costituisce un argomento a favore dell'inapplicabilità, nel caso di specie, del procedimento semplificato di formazione dell'accordo previsto dall'art. 1333 c.c.: dal contratto non sarebbero derivati unicamente vantaggi o benefici per il contraente, bensì anche oneri economici (27).

Trova quindi applicazione il procedimento formativo del contratto previsto dagli artt. 1326 ss. c.c. (sequenza proposta-accettazione); il quale va inteso quale schema generale residuale (28), destinato ad essere applicato ogni volta in cui non operi nessun altro procedimento di formazione del consenso (29).

La regola prevista dagli artt. 1326 ss. c.c. è quella della indispensabile positiva manifestazione di volontà di entrambe le parti, ossia della necessaria bilateralità del consenso (30). Peraltro, come è stato opportunamente rilevato, rispetto al codice civile, la normativa di derivazione comunitaria ha segnato il passaggio «dalla mera esistenza formale all'effettività del consenso, quale

condizione di legittimità delle regole private» (31). È proprio il consenso fondato sulla volontà effettiva a co-

Note:

(21) Secondo una nota tesi al silenzio dell'oblatore è normativamente attribuito un valore tipico per la conclusione del contratto; esso non rileva quale manifestazione di volontà ai fini della formazione del contratto: R. Sacco, *Il contratto*, cit., 41.

(22) V., per la tradizionale configurazione del mancato rifiuto quale dichiarazione tacita di accettazione derivante dal cd. dogma del consenso, L.V. Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, 174. Nel senso che si tratti invece di una presunzione di legge: U. Majello, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 113 ss.; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 188. Sul punto cfr. R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale* in *Comm. c. c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 164; G.B. Ferri, *La nozione di contratto*, cit., 25; M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, cit., 54.

(23) In virtù di questo principio il contratto è ritenuto idoneo a produrre effetti esclusivamente nella sfera giuridica del proprio autore, in questo senso v., per tutti, R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, 183 ss.; L.V. Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, cit., 32, 54, 150 s. Per alcuni rilievi critici sul principio dell'intangibilità della sfera giuridica patrimoniale altrui, cfr. C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 133 ss.; Id., *Il contratto con se stesso*, cit., 37 ss.; M. Pennasilico, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1995, 137 ss.; G. Chiappetta, *Azioni dirette e «tangibilità» delle sfere giuridiche*, Napoli, 2000, *passim* e, da ultimo, F. Rossi, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, cit., 172 ss. Nel senso che la revisione di tale principio costituisca la necessaria conseguenza dell'abbandono della prospettiva strutturalistica del contratto: P. Perlingieri, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata. Sintesi di un convegno*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 466.

(24) Sul punto v., *ex multis*, R. Troiano e A. Del Ninno, *La conclusione del contratto*, Torino, 2004, 104.

(25) Così, da ultimo, A. D'Angelo, *Accordo e procedimenti di formazione*, in *Tratt. contr.* Roppo, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2007, 14 ss. Sul punto v., in particolare, V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2001, 209 ss.; A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 237 ss.; A. Orestano, *La conclusione del contratto per mancato rifiuto della proposta*, in *Tratt. contr.* Roppo, I, *Formazione*, cit., 201.

(26) In questo senso G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 204 ss.; C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 67 ss.; R. Sacco, *Il contratto*, cit., 39 s.; L.V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, cit., 126 ss.; G. Ferri, *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1960, I, 483.

(27) Sul punto v., autorevolmente, nel senso che il consenso del destinatario della proposta sia necessario solamente qualora dal contratto sorgano obbligazioni anche a suo carico, R. Sacco, *La conclusione dell'accordo*, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, I, cit., 63.

(28) In questo senso V. Roppo, *Il contratto*, cit., 98 ss.; A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 26 ss.; R. Sacco, *La conclusione dell'accordo*, cit., 239 ss.

(29) Sul punto, cfr. F. Carresi, *Il contratto*, cit., 93 ss. Talora si considera il procedimento regolato dagli artt. 1326 ss. non generale, bensì normale o principale e, di conseguenza, si ammette che la conclusione dei contratti possa avvenire mediante procedimenti difformi da quello legale, in questo senso F. Realmonte, *Accordo delle parti e rapporti giuridici preparatori, responsabilità contrattuale*, cit., 15 s.

(30) Nel senso, invece, che proprio l'art. 1333 c.c. attenui «la rigorosa concezione del contratto come "accordo" (art. 1321), che dovrebbe significare l'esigenza di una positiva manifestazione di volontà di ciascuna delle parti»: P. Rescigno, *Contratto (in generale)*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1988, IX, 24.

(31) R. Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., 66 s.

stituire il perno dell'autonomia privata nell'ordinamento italo-comunitario.

Nella vicenda oggetto della pronuncia giurisprudenziale in commento fa dunque difetto l'elemento strutturale essenziale del contratto costituito dall'accordo; di conseguenza, le relative pretese patrimoniali nei confronti del consumatore sono da ritenersi prive di titolo.

Paradossalmente, qualora il contraente versasse la somma di denaro pretesa a titolo di corrispettivo, in tal modo manifesterebbe, sia pure inconsapevolmente, la volontà di stipulare il contratto. Il contratto, in tal caso, si concluderebbe non con l'astensione dal rifiuto della proposta contrattuale, bensì mediante il comportamento concludente dell'esecuzione della prestazione pecuniaria che rappresenta il corrispettivo della fornitura non richiesta (32).

La questione, com'è intuitivo, va inserita in un dibattito di più ampia portata e deve fare i conti, inevitabilmente, con la riflessione sullo stesso strumento contrattuale, secondo alcuni morto (33) o al tramonto (34), secondo altri più vivo che mai nella sua concezione, per così dire, metafisica, frutto del cd. dogma della volontà, secondo la quale il contratto nasce dalla fusione, dall'incontro delle consapevoli volontà dei contraenti (35).

Ciò senza dimenticare, da un lato, che, in un contesto di forti cambiamenti come l'attuale, le categorie giuridiche concettuali (36) dogmatiche ed astratte (37) rischiano di rivelarsi «utensili vecchi, [...] non [...] adeguati ai valori dell'ordinamento vigente» (38); dall'altro, che, come è stato acutamente avvertito, per l'interprete si rivela di ben poca utilità «anche se estremamente interessante, accettare provocazioni del tipo “il contratto è vivo”, oppure “il contratto è morto, il contratto sta morendo”: finché gli uomini saranno su questa terra e dovranno pattuire condizioni per realizzare i loro interessi, il contratto non potrà morire mai» (39).

Nei contratti del consumatore è espressamente previsto che, per la fornitura di beni o servizi non ordinati, il consumatore non sia tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva (art. 57, comma 1, c. cons.). Il legislatore inoltre, all'art. 57, comma 2, c. cons. novellato, precisa che «ogni fornitura non richiesta di cui al presente articolo costituisce pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 21, 22, 23, 24, 25 e 26» (40).

La prestazione non dovuta può consistere sia nella consegna di un bene mobile, sia in una prestazione di fare, in un servizio. Nello specifico della vicenda sottoposta all'esame del Supremo Collegio, la prestazione non dovuta e mai richiesta effettuata dalla società consisteva nella consegna di videogiochi; essa era avvenuta su iniziativa unilaterale ed arbitraria della società *Informatic Center* (41), la quale non aveva fatto precedere, seguire o accompagnare il proprio comportamento da una proposta contrattuale, come di solito avviene; tuttavia, non vi è alcun dubbio sul fatto che la prestazione

fosse diretta ad indurre il consumatore a concludere il contratto. La strumentalità della prestazione alla sollecitazione della stipulazione di un contratto non va intesa nel senso che essa debba necessariamente essere accompagnata da una proposta contrattuale espressa, ben potendo quest'ultima essere implicita e risultare dalla richiesta, rivolta al destinatario, di versare una somma di denaro a titolo di corrispettivo (42).

Note:

(32) In questo senso G. De Cristofaro, *Le «forniture non richieste»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 312.

(33) Il riferimento è alla nota monografia che diede l'annuncio della “morte” del contratto: G. Gilmore, *The death of contract*, Columbus, 1974, edito in Italia per i tipi della Giuffrè, con traduzione di A. Fusaro.

(34) L'espressione, autorevolmente proposta da G. Gorla, *La “logica-illógica” del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, 255 ss., è ripresa da G. Alpa, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1997, 979. Sul punto cfr., in particolare, M. Giorgianni, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, 381 ss.; V. Zeno Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 57 ss. Per un elenco dettagliato delle opere italiane e straniere sulla supposta crisi del contratto, v. R. Sacco, *Genotipi e fenotipi in tema di contratto*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, 1, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1993, 10, nt. 1.

(35) Da questa visione consegue la necessaria bilateralità nella formazione del contratto, in tal senso v. R. Sacco, *La conclusione dell'accordo*, cit., 39.

(36) Nella storia culturale italiana appare cruciale la polemica nei confronti dei concetti giuridici risalenti agli anni Trenta e Quaranta, per la quale v. G. Calogero, W. Cesarini Sforza, A.C. Jemolo, S. Pugliatti, ora raccolti in *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, 2004. Sulla necessità che i giuristi si risvegliano dal «sopore dogmatico», senza, tuttavia, «l'abbandono del metodo dogmatico e la rinuncia a un'applicazione del diritto controllata da concetti sistematici», indimenticabili le pagine di L. Mengoni, *Dogmatica giuridica, e Interpretazione e nuova dogmatica*, entrambi ora in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 25 ss.

(37) Una parte della dottrina da tempo ha avviato un processo di profonda revisione delle categorie giuridiche tradizionali, in questo senso v., autorevolmente, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., spec. 77, 119 ss. e 129 ss.; Id., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 75 ss. Sul punto, cfr. V. Scalisi, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 19 ss.

(38) P. Perlingieri, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata. Sintesi di un Convegno*, ora in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 465.

(39) P. Perlingieri, *op. loc. ult. cit.*

(40) Fra le pratiche commerciali sleali aggressive - nei rapporti tra le imprese ed i consumatori - elencate all'art. 26 c. cons., la lett. f) della citata disposizione comprende quella consistente nell'«esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo».

(41) In questo caso, utilizzando un'efficace definizione della dottrina tedesca riportata in G. De Cristofaro, *Le «forniture non richieste»* cit., 305, è stata la prestazione a “trovare” il destinatario e non quest'ultimo a “cercarla”.

(42) Così G. De Cristofaro, *op. cit.*, 305 s.

Va qui anticipato che le problematiche sollevate dal contegno omissivo del destinatario delle prestazioni non richieste non sono suscettibili di essere ricondotte alla (diversa) questione relativa al valore negoziale del silenzio. Si è opportunamente rilevato, al riguardo, che il soggetto il quale si limiti a ricevere materialmente la prestazione non voluta e mai richiesta il quale, successivamente, non ne fruisca o non l'utilizzi, non manifesta - attraverso il proprio comportamento - alcuna volontà di accettare la proposta di contratto (43).

L'abuso dell'autonomia negoziale e la clausola generale di buona fede nel diritto europeo dei contratti

L'invio di una fornitura non richiesta per la quale sia previsto un corrispettivo costituisce violazione di regole di comportamento; queste ultime rappresentano le «regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario», le quali «devono ispirare tutta l'attività commerciale» (44).

Esse sono dirette a proteggere la libertà di scelta del contraente, il quale deve poter tenere comportamenti e prendere decisioni di natura commerciale in maniera consapevole e incondizionata (45). La sua autodeterminazione è messa a rischio da tale pratica commerciale poiché, attraverso essa, si mina alla base la sua libertà di scelta «tramite l'adozione di condotte [...] rivolte ad estorcere il consenso alla transazione» (46).

Occorre assicurare protezione alla libertà decisionale del contraente nell'attuale struttura di mercato (47), ossia tutelarla dal potenziale esercizio abusivo dell'autonomia negoziale della controparte idoneo a ledere la sua autodeterminazione (48).

Va, a questo punto, rammentato che, nell'attuale ordinamento, l'autonomia negoziale (49), *ex se*, non rappresenta un valore (50), un dogma e non è possibile continuare ad affrontare il suo studio con una metodologia (51) astrattizzante e generalizzante (52). Occorre invece adottare una visione funzionale, partire dall'analisi del concreto atto di autonomia, «come è di volta in volta rinvenibile nella realtà, avendo cioè riguardo alle circostanze di luogo e di tempo nelle quali è posto, ai soggetti, all'oggetto [...] alla funzione e alla struttura» (53).

Note:

(43) In questo senso G. De Cristofaro, *op. cit.*, 310 s. L'A. esclude la rilevanza giuridica - quale accettazione della proposta contrattuale dell'imprenditore - di tutte le condotte meramente passive consistenti sia nella mera inattività, sia nell'astensione da condotte in astratto e potenzialmente suscettibili di essere considerate manifestazioni di volontà negoziale, come l'uso o la disposizione della cosa ricevuta o il suo mero abbandono; attribuisce invece valore di manifestazione di volontà esclusivamente alle dichiarazioni espresse ed al comportamento concludente diversi dal silenzio.

(44) Le affermazioni sono contenute nei § 6 e 7 della relazione governativa. Sul punto cfr., in particolare, M. Sandulli, *Art. 39, in Comm. c. consumo*, Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 288.

(45) Così L. Di Nella, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche*

commerciali aggressive, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, 42 s.; Id., *Le pratiche commerciali «aggressive»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 218.

(46) L. Di Nella, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., 53 s.

(47) Al mercato si rivolge anche la disciplina codicistica; tuttavia al centro del codice civile, com'è stato efficacemente rilevato, «c'è il soggetto di diritto, destinatario di regole eguali e astratte. Un uomo senza qualità, pensato per un ordine economico e giuridico che ha necessità di rapporti semplificati, compatibili con la logica degli scambi del tempo»: G. Vettori, *Contratto e concorrenza*, in *Aa.Vv., Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, 1. Al riguardo, afferma che «Il paesaggio socio-giuridico, che gli intelligenti giuristi borghesi avevano fissato nelle mirabili armonie del Codice civile, sembra ormai uno di quei fondali di teatro dove sono dipinte oleografie artificiose e irreali [...] i fondali di carta dipinta cominciano a subire squarci, e gli squarci danno modo ai tanti fatti retrostanti di invadere il proscenio»: P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2006, 66.

(48) Nel senso che l'obiettivo perseguito dalla normativa sia quello di garantire una tutela efficace ai soggetti i quali, per il comportamento scorretto della controparte, contrattano in condizioni di alterata capacità di comprendere integralmente il contenuto dell'accordo: A. Ricci, *Errore sul valore e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2001, 987 ss.

(49) Distinguono il concetto di autonomia negoziale da quello del potere di autodeterminazione già, in particolare, E. Betti, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, 1559 ss.; Id., *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1994, 43 ss.; L. Ferri, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 129 ss.; Salv. Romano, *Autonomia privata (appunti)*, ivi, 1956, 801 ss.; F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 369 ss.; G.B. Ferri, *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 1995, 61 ss.

(50) Sul punto v. P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, ora in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 443 ss. L'A. afferma che «la libertà di compiere un atto non è di per sé espressione di un valore. In un ordinamento, qual è il nostro, ispirato ai principi personalistici e solidaristici, e caratterizzato da uno stato sociale di diritto, l'atto è valido in quanto meritevole di tutela, suscettibile cioè di ricevere un apprezzamento positivo dall'ordinamento»: Id., *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., 26.

(51) Da ultimo, rileva che «il senso della parola *metodo* è divenuto già di per sé sempre più problematico, in quanto sembra ricondurci alla incauta pretesa che il *metodo* renda corretto e scientifico, razionale e logico l'oggetto della nostra indagine [...] Nella crisi profonda che ha coinvolto la pretesa di purezza della scienza non è pensabile che esista una modalità neutrale, per sempre valida, di studiare un oggetto, insensibile ai suoi mutamenti e magari immodificabile, qualunque sia il soggetto che la adopera»: A. Catania, *Metamorfosi del diritto, Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008, 24.

(52) Così P. Perlingieri, *Autonomia privata e diritti di credito*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., 15. L'A. enuncia a chiare lettere «l'impossibilità di affrontare l'argomento con un approccio dogmatico, che trova la legittimazione dell'autonomia negoziale su se stessa e quindi su un concetto; prospettiva la quale è estremamente pericolosa»; egli invita ad andare oltre la concezione strutturalistica, per passare a considerare «la sostanza del rapporto e gli interessi in gioco, tornando quindi ad una visione funzionale, teleologica, che non può consentire una soluzione univoca, dogmatica, ma che deve tener conto della qualità dei soggetti, della natura del bene e di tutta una serie di elementi rilevanti»: Id., *op. ult. cit.*, 18.

(53) P. Perlingieri, *op. ult. cit.*, 25. Conf. F. Prosperi, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 642; A. Somma, *Autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 597 ss.; Id., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 2000, 401 ss.

È necessario collegare la nozione di autonomia negoziale ai principi ed ai valori dell'ordinamento (54), esercitarla in maniera ad essi conforme (55); essa va modulata «tanto in funzione del progressivo conseguimento delle finalità del caso concreto, quanto degli interessi gerarchicamente superiori ed assiologicamente orientati dalle norme» (56), in modo che, attraverso il contratto, il principio di solidarietà sia attuato anche nei rapporti tra privati (57).

Tutti i comportamenti attraverso i quali l'esercizio dell'autonomia negoziale da parte di uno dei contraenti diviene uno strumento di abuso a danno di altri sono immeritevoli di tutela nel nostro ordinamento (58).

Va precisato che, per le ipotesi nelle quali l'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale da parte di un contraente sia preso in considerazione e vietato dal legislatore, *nulla quaestio*; qualora invece, come nel caso di specie, manchi una specifica ed espressa previsione normativa, la repressione dell'abuso è affidata all'efficacia precettiva della clausola generale di buona fede (59): è quest'ultima a costituire un limite coesenziale all'autonomia privata (60) e ad incidere sulla libertà negoziale (61).

Da tempo in dottrina si segnala che la buona fede, in quanto comprensiva del canone della lealtà e della salvaguardia dell'altrui sfera giuridica, impone alle parti di evitare comportamenti sleali e di rispettare l'interesse e l'utilità dell'altra parte (62). Il c.d. obbligo di salvaguardia è ritenuto operante entro i limiti dell'apprezzabile sacrificio dei propri interessi; esso, per effetto della legislazione di protezione di derivazione comunitaria, si specifica «nel più incisivo obbligo imposto al contraente dotato di maggior potere contrattuale di non approfittare della condizione di debolezza in cui versa l'altro contraente» (63).

Va qui rilevato che, nelle due principali proposte di armonizzazione europea della disciplina del contratto (i *Principles of European Contract Law* e i *Principi Uni-*

mercato, alla concorrenza, all'ordine pubblico economico comunitario»: Id., *op. ult. cit.*, 327.

(56) G. Perlingieri, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, 125 s.

(57) Sul punto, ritiene che il concetto civilistico di solidarietà vada mutuato dall'economia e che la relativa accezione non abbia subito modifiche in conseguenza dell'entrata in vigore della Costituzione: F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 37 ss. *Contra*, nel senso che l'interpretazione sistematica dell'autonomia contrattuale porti inevitabilmente alla sua conformazione ai principi costituzionali, v., con prospettive diverse, L. Corsaro, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979, 7; G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 35 ss.; G. Grisi, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 126 ss. Sulla centralità della persona e sul conseguente rapporto di funzionalizzazione delle situazioni giuridico-patrimoniali alla realizzazione di quelle a carattere esistenziale, v. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. 489 ss., 515 ss.; 885 ss.; P. Femia, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 498 ss.

(58) Sui limiti dell'autonomia privata in relazione alla sua finalizzazione alla realizzazione degli interessi meritevoli di tutela nell'ordinamento v., con prospettive diverse, P. Perlingieri, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle cd. condizioni generali di contratto*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., 297 ss.; P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, 229 ss.; F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 701.

(59) Sulla buona fede oggettiva v., da ultimo, A. Spadafora, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007, 235 ss.

(60) In questo senso v., in particolare, F. Prosperi, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 675; G. Cattaneo, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim.*, 1971, 613 ss.; M.R. Morelli, *In margine ad un'ipotesi di collegamento tra "buona fede obiettiva" ed "abuso del diritto"*, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1700 ss.

(61) Sulla buona fede oggettiva nelle fasi di formazione e di esecuzione del contratto v., da ultimo, G.M. Uda, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 50 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 46 ss.; S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 46 ss. In questo senso la dottrina tradizionale per la quale cfr., in particolare, E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni. I. Prolegomeni: Funzione economico sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 65 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, I, Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1974, 36 s. Più di recente v. L. Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. it.*, II, Torino, 1988, 173; F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, cit., 175 ss.; C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209; F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 544; Id., *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, in *Contratto e costituzione europea*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, 66 ss.; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 9 s.; A.C. Nazzaro, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, cit., 125 ss.; G. Recinto, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 277 s.; E. Navarretta, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Aa.Vv., Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Atti del Convegno di studio svoltosi a Siena dal 22 al 24 settembre 2004, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, 540 ss.; G. Sicchiero, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2129 ss.

(62) In questo senso v., in particolare, C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.

(63) F. Prosperi, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, in *Studi in memoria di V.E. Cantelmo*, II, a cura di R. Favale e B. Marucci, 2003, 573.

Note:

(54) Nel senso che «in presenza dei principi la realtà esprime valori e il diritto vale come se vigesse un diritto naturale»: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 162. *Contra* osserva che «quel come se serve infatti a prendere atto dello sconvolgimento veramente grande che attraversa l'attuale diritto [...] La realtà, oggi, è il cortocircuito tra morale e diritto, tra valori religiosi che si presumono dominanti e disposizioni normative che li rendono direttamente effettuali»: A. Catania, *Metamorfosi del diritto, Decisione e norma nell'età globale*, cit., 90. Secondo l'A., il pressante appello all'ancoraggio alle realtà esige «una attenta valutazione del ruolo, non aggirabile, che i principi oggi svolgono in un diritto in precipitosa trasformazione»: Id., *op. cit.*, 94.

(55) I cc.dd. limiti all'autonomia a tutela dei contraenti deboli «non sono più esterni ed eccezionali, ma interni, espressione diretta dell'atto e del suo significato costituzionale. L'attenzione si sposta dal dogma dell'autonomia all'atto da valutare non soltanto isolatamente, ma nell'ambito dell'attività svolta dal soggetto»: P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 336 s. L'A. precisa che l'autonomia negoziale «nel vigente sistema delle fonti caratterizzato da una gerarchia di norme costituzionali e comunitarie, trova fondamento anche nei principi di diritto comunitario, ispirati al

droit), largo spazio è affidato, ai fini della tutela del contraente debole (64), alla clausola generale di buona fede (65).

Nello specifico, nei PECL (*Principles of European Contract Law*) (66), al principio di buona fede oggettiva è assegnata una posizione di preminenza (67); esso è richiamato in diverse disposizioni, si pensi, in particolare, all'art. 1: 102, il quale afferma che: «Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza nonché delle norme imperative contenute nei Principi»; all'art. 1: 201, a mente del quale: «Le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza».

Immediatamente dopo la proclamazione del principio liberale della libertà contrattuale è dunque introdotto un principio «di chiara impronta solidarista, della soggezione ai criteri di buona fede e lealtà» (68). La circostanza è significativa e dimostra che, per i compilatori dei principi di diritto europeo dei contratti, la libertà negoziale «deve conformarsi ai valori sociali fondamentali sui quali si sorregge lo stesso ordinamento giuridico» (69).

Quanto ai Principi *Unidroit*, anche in essi un ruolo primario è attribuito al principio di buona fede (70), il quale è enunciato, in particolare, all'art. 1.7, ai sensi del quale «Ciascuna parte deve agire in conformità alla buona fede nel commercio internazionale». La clausola generale di buona fede sembra dunque costituire, come si rileva, una Magna Charta del diritto commerciale internazionale.

Al riguardo, però, non può essere sottaciuto che, secondo una parte della dottrina, sia i *Principles of European Contract Law*, sia i Principi *Unidroit* rappresentano «costruzioni dottrinali sopranazionali di carattere sfuggente, che traggono la propria legittimazione da una accettazione *ex post*» (71). Con precipuo riferimento ai Principi *Unidroit* si è affermato, al fine di negare ad essi efficacia di diritto positivo, che essi costituiscano una mera unificazione dottrinale del diritto transnazionale (72).

Quel che è indubbio, tuttavia, è che, nella cultura giuridica europea, la buona fede assurga a principio generale (73). Nell'attuale fase dell'integrazione europea e, nello specifico, della formazione e dell'evoluzione dell'ordinamento italo-comunitario, come è stato acu-

providence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and the nature and purpose of the contract» (art. 3.10).

(65) Va segnalato che, secondo una parte della dottrina, si tratterebbe però di una buona fede «sui trampoli»: P.G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 409 ss.

(66) Si tratta dei Principi di diritto europeo dei contratti, elaborati dalla Commissione per il diritto europeo dei contratti presieduta dal professor Ole Lando.

(67) Sulla buona fede quale *esprit collectif* dei Principi di diritto europeo dei contratti v. O. Lando, *Lo spirito dei Principi del diritto contrattuale europeo*, il codice civile europeo, Materiali dei seminari 1999-2000, raccolti da G. Alpa e E.M. Buccico, Milano, 2001, 41. Sul punto, cfr. C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, ed. italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, XXX ss., 115 ss. Più in generale, sul principio di buona fede nella cultura giuridica europea v., da ultimo, S. Patti, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007, 81 ss. e, per la cultura giuridica italiana v., in particolare, S. Cassese, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim.*, 1969, 413 ss.; F.D. Busnelli, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984, 50; D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, 491.

(68) F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 547.

(69) F. Prosperi, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, cit., 578, il quale si domanda se la rilevanza in tal modo accordata alla buona fede rispecchi o meno il *common core* del diritto europeo dei contratti.

(70) Così M.J. Bonell, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, II ed., Milano, 2006, 134 ss.

(71) P.G. Monateri, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 489 ss. Sul punto cfr., con prospettive diverse, A. Spadafora, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, cit., 159 ss.; U. Draetta, *Principi Unidroit per i contratti e progetto di codice europeo dei contratti. Due proposte a confronto*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 681 ss.; C. Castronovo, *I "principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, 21 ss.; M.J. Bonell, *Verso un codice europeo dei contratti?*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 171 ss.; A. Zaccaria, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-moderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 367 ss.; V. Zencovich, *Il "Codice civile europeo" le tradizioni giuridiche nazionali e il neo positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, 62 s.; U. Mattei, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contr. impr./Europa*, 1998, 208 ss.; A. Gentili, *I Principi di diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 42 ss.; G. Alpa *Il diritto commerciale tra lex mercatoria e modelli di armonizzazione*, in *Contr. impr.*, 2006, 86 ss.; Id., *L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di codice civile europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 169 ss.; Id., *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, 723 ss.; Id., *I principles of european contract law predisposti dalla commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 483 ss.; Id., *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, 316 ss.; Id., *La protezione della parte debole nei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Econ. dir. terziario*, 1996, 519 ss.

(72) Sulle critiche mosse ai Principi *Unidroit* e sul ruolo della dottrina come fonti del diritto v., in particolare, F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003, 263 ss., spec. 283 ss.; A. Giardina, *I Principi Unidroit quale legge regolatrice dei contratti internazionali (I Principi ed il diritto internazionale privato)*, in M.J. Bonell e F. Bonelli, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, 58 s.

(73) Sul punto e, nello specifico, sulla clausola di buona fede nei Principi di diritto europeo dei contratti e nei Principi *Unidroit* sui contratti commerciali internazionali cfr., in particolare, G. Alpa, *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, cit., 318; A. Spadafora, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, cit., 2 ss.

Note:

(64) Nei *Principles of European Contract Law* si considera la debolezza derivante: «on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit» (art. 4.109). Nei Principi *Unidroit* la debolezza presa in considerazione discende dai seguenti fattori: «the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its im-

tamente osservato, «i problemi dell'economia di mercato divengono anche di coesione sociale e di scelte assiologiche. Le tutele del consumo e dei consumatori, della concorrenza, dell'impresa [...] devono essere collocate in una cornice di principi a valenza sovranazionale» (74).

Per la costruzione del diritto europeo si rende inevitabile il riferimento ad un «nocciolo duro di valori» (75). Il punto non è o, meglio, non è soltanto la tutela del consumatore: «la questione [...] abbraccia la tutela della persona umana con misure che realizzino la solidarietà e la giustizia sociale» (76).

Ne consegue che, nell'ordinamento italo-comunitario, il ruolo dell'autonomia negoziale non può che essere ricostruito nella prospettiva assiologica (77): il singolo atto di autonomia privata, lungi dall'essere espressione di interessi particolari, deve regolare «un complesso coacervo di interessi, la cui sommatoria ne fa mutare la natura» (78).

Le considerazioni sinora svolte inducono ad un ulteriore interrogativo. Poiché il diritto europeo dei contratti (79) sembra caratterizzarsi sempre più quale diritto dei contratti d'impresa (80), occorre domandarsi se i principi generali in esso operanti (81) e, *in primis*, la clausola generale di buona fede, siano o meno idonei a porsi quali «ossatura di un possibile *ius commune* europeo» (82).

Ciò con la consapevolezza e l'avvertenza che, per il sistema del diritto dei contratti italo-comunitario, più che di un diritto comune europeo dei contratti, sarebbe più opportuno fare riferimento ad un diritto comune delle attribuzioni patrimoniali (83).

Nel diritto comunitario, come si è cercato di dimostrare, si assiste ad una sorta di «germanizzazione della buona fede» (84); la clausola di buona fede acquista una valenza transnazionale, attestata anche dalla centralità da essa rivestita nei *Principles of European Contract Law* e nei *Principi Unidroit*; essa va di pari passo, come si è visto, con il progressivo giuridicizzarsi di un complesso di valori fondamentali dell'uomo (85), diviene una «clausola cardine del contratto della post-modernità» (86), una categoria rinnovata, la quale dà voce «ad una nuova assiologia aggregante i paesi europei nella quale si rispecchia un'Europa complessa, che guarda non soltanto al mercato e all'efficienza, ma anche al piano dei valori» (87).

Nello specifico, la regola finalizzata a reprimere i comportamenti abusivi nell'esercizio dell'autonomia sembra assurgere «al rango della teoria generale del contratto» (88). Occorre pertanto attribuire tutela al contraente nei confronti dell'esercizio abusivo dell'au-

Aa.Vv., *Dire persona. Luoghi critici e saggi di applicazione di un'idea*, a cura di A. Pavan, Bologna, 2003, 241.

(76) E. Caterini, *op. cit.*, 649 s.

(77) Due sono le principali tendenze interpretative in atto nell'odierno diritto dei contratti; gli autori oscillano tra i fautori di un deciso ritorno dell'autonomia privata, quale esclusiva fonte del singolo atto negoziale, in questo senso v., per tutti, A. Somma, *Autonomia privata*, cit., 597; Id., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, cit., 401 ss., e coloro i quali accentuano l'aspetto della eteronormazione mediante la quale si realizza il controllo sul contenuto del contratto, in questo senso v., in particolare, G. De Nova, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 649 ss.

(78) E. Caterini, *op. cit.*, 635 e 645.

(79) Sulla differenza tra diritto contrattuale europeo comunitario e diritto comune europeo dei contratti, cfr. V. Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 439 ss.; A. Somma, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, a cura di Alpa e Danovi, Milano, 2004, 45 ss. Sul significato e sui confini del sintagma «diritto privato europeo» v. G. Alpa e M. Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, 133 ss.

(80) Con le sue varie manifestazioni: *Business to business; Business to consumer; Consumer to consumer* (B2b; B2c; C2c). Sul punto cfr., da ultimo, Aa.Vv., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008; P.G. Monateri, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 489; G. Cian, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 849 ss.; V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 ss.; Id., *Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica, e non apologetica*, in *Pol. dir.*, 2004, 25 ss.

(81) Per una ricognizione di tali principi generali v. A. Gentili, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 20 ss.; V. Zeno Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 57 ss.; G.B. Portale, *Diritto privato comune e diritto privato della impresa*, in 1882-1982, *Cento anni dal codice di commercio*. Atti del Convegno internazionale di Taormina, 4-6 novembre 1982, Milano, 1984, 227 ss.; G. Alpa, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007, 113 ss.

(82) P.G. Monateri, *op. loc. cit.* Sul punto cfr. M. Bussani e A.M. Musy, *I metodi della comparazione: il common core dei diritti europei del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 537 ss.; G.B. Ferri, *La formazione del «civiltista europeo»*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, 463 ss.; Id., *Il Code Européen des Contrats*, in *Contr. impr./Eur.*, 2002, 27 ss.; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 249 ss.; R. Zimmermann, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 703 ss.

(83) Così F. Maisto, *Per una disciplina uniforme dell'attribuzione patrimoniale*, in Aa.Vv., *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, a cura di P. Perlingieri e F. Casucci, Napoli, 200a, 137 ss.

(84) G.A. Benacchio, *La buona fede nel diritto comunitario*, in Aa.Vv., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2003, 199.

(85) In questo senso E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 507 ss.

(86) E. Navarretta, *op. loc. ult. cit.*

(87) E. Navarretta, *op. loc. ult. cit.* Sul punto cfr., con prospettive diverse, G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 915 ss.; C. Scognamiglio, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 797 ss.; A. Spadafora, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, 235 ss.

(88) F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 667.

Note:

(74) E. Caterini, *Politica dei consumi e diritto dei contratti. Il paradigma del principio «generale» di sicurezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 648.

(75) S. Zamagni, *Persona e problema economico nella post-modernità*, in

onomia negoziale (89) - nella fase antecedente la conclusione del contratto (90) - da parte del contraente in condizione di superiorità (asimmetria) di potere contrattuale (91). Tale abuso è idoneo non soltanto a menomare la capacità di partecipazione del singolo all'organizzazione del mercato, in tal modo determinandone potenziali disfunzioni, ma, soprattutto, ad incidere sulla sua capacità di autodeterminazione (92).

La nozione di autonomia negoziale contiene quindi in sé stessa l'idea del limite, il quale non costituisce limite «estrinseco» al potere, ma è [...] «intrinseco» a qualsiasi posizione di potere giuridico di non «abusare» del potere medesimo, cioè di non utilizzare il «potere» per un interesse diverso da quello a tutela del quale esso è stato accordato dall'ordinamento» (93). Esso si ricollega alla regola di buona fede oggettiva (94): è quest'ultima (95) a consentire di stabilire se lo svantaggio a danno di un contraente sia o meno giustificato da un interesse meritevole di tutela o abbia quale esclusiva motivazione l'approfittamento della posizione di supremazia nei suoi confronti (96).

Regole di comportamento e regole di validità

Con riferimento alla vicenda della fornitura non richiesta presa in esame dalla Suprema Corte, in giurisprudenza constano ben poche pronunce (97). Esse sono tutte caratterizzate dalla preoccupazione del giudicante per la qualificazione, in termini di inesistenza o di invalidità, del contratto relativo alla fornitura non richiesta (98). Anche in questa decisione il Supremo Collegio si pronuncia in favore dell'inesistenza del relativo contratto.

Sembra opportuno e non superfluo, tuttavia, domandarsi se la violazione di regole di comportamento da parte della società ricorrente si riverberi sulla validità del contratto «a valle» dell'illecito comportamento.

Si tratta, in altri termini, di indagare i rapporti intercorrenti tra le regole di condotta e quelle di validità o, meglio, tra la violazione delle prime e la validità (99) dei contratti stipulati a seguito dell'illecito comportamento e di interrogarsi, per i contratti a valle di esso, sul rimedio maggiormente adeguato al tipo di illiceità ed agli interessi lesi.

La condotta della società riguarda la fase della formazione del contratto: ossia, fra tutte le fasi che scandiscono la vicenda contrattuale, quella nella quale maggiormente si riverberano gli effetti della produzione e della distribuzione di massa, dei modi stessi di organizzazione degli scambi tipici delle società industriali avanzate; con riferimento ad essa non si può continuare a ra-

Note:

(89) Da ultimo, sull'abuso di autonomia negoziale in generale, v. G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005,

285 ss.; F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 663 ss.; Sul significato della formula con specifico riferimento alle clausole vessatorie dei contratti del consumatore, cfr. G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 625 ss.

(90) Sulla rilevanza dell'abuso dell'autonomia negoziale nella fase della formazione del contratto v., in particolare, L. Corsaro, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, cit., spec. 121 ss. In senso contrario all'utilità della categoria dell'abuso della libertà contrattuale, poiché in tal modo si porrebbe ad una sostanziale duplicazione della regola di buona fede, già prevista all'art. 1337 c.c., ossia ad una modalità alternativa per esprimere il medesimo giudizio di disvalore da parte dell'ordinamento: R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Aa.Vv., Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 217 ss., spec. 234; Id., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001, 313 ss.

(91) Sul punto, cfr. V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., 769 ss.

(92) Così G. Chiappetta, *Le pratiche commerciali «sleali» nei rapporti tra imprese e consumatori*, in *Aa.Vv., Il diritto dei consumi*, I, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, Rende, 2005, 103, secondo la quale la capacità di autodeterminazione rappresenta «la sfera più intima della coscienza individuale, riflesso giuridico dell'idea di dignità della persona umana».

(93) G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., 648.

(94) Il collegamento tra abuso del diritto e buona fede è risalente, per esso v., in particolare, P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss., ora in Id., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 53 s.; S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, 6; L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, 186 ss.; C. Salvi, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 3 s.; R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, cit., 217 ss.; Id., *Diritto privato*, in *Dig. civ.*, Torino, 1998, vol. XVII, App., 677 ss.; V. Buonocore, *Etica dell'imprenditore e abuso del diritto: a proposito dell'attualità di un libro edito sessant'anni fa*, in *Jus*, 1998, 9 ss.; G. Vettori, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 743 ss.; E. Navaretta, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, cit., 540 ss.; Ead., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 507 ss.

(95) In senso critico in merito all'identificazione del comportamento abusivo con la condotta contraria alla buona fede C. Osti, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, I, 2183 ss.

(96) In questo senso G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., 650.

(97) Per le forniture non richieste, in giurisprudenza constano ben poche pronunce. Tra esse si segnala, con riferimento ai servizi telefonici attivati in mancanza di richiesta da parte dell'utente e, addirittura, a sua insaputa, Giud. Pace Catanzaro 25 luglio 2007, in *www.altalex.com*; Trib. Genova, sez. VI, 24 novembre 2006, n. 4005 ivi; Trib. Genova 11 novembre 2002, in *Contratti*, 2003, 437 ss.; Giud. pace Barra 5 giugno 2007 e Giud. pace Bologna 12 dicembre 2007, entrambe in *www.giudicedipace.it*.

(98) Si afferma così, ad esempio, che «nessun vincolo giuridicamente rilevante era sorto [...] attesa l'assenza di manifestazione di volontà e l'impossibilità di attribuire valore di consenso al silenzio serbato dal consumatore»: Trib. Genova, sez. VI, 24 novembre 2006, n. 4005, cit.; oppure che: «il contratto deve essere dichiarato nullo e non idoneo a produrre effetti dal suo assunto sorgere»: Trib. Genova 11 novembre 2002, cit.

(99) Sul vocabolo validità, osserva che, nel codice civile, esso «esprime proprio la corrispondenza di atti privati a un modello generale e soprattutto autorevole [...] Se il privato vuol vivere giuridicamente una vita tranquilla, non ha che da seguire i modelli proposti, percorrendo soltanto i sentieri tipici che sboccano con sicurezza in quel risultato cospicuo che è la rilevanza giuridica»: P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 161.

gionare con le categorie e gli strumenti (arcaici) previsti dal codice civile (100).

È necessario tener conto delle peculiarità della contrattazione di massa e, nello specifico, della caratteristica rappresentata dalla cd. personalizzazione delle fasi di formazione e conclusione del contratto, con la conseguente esigenza dell'armonizzazione di tale aspetto con un sistema nel quale la tutela apprestata e i principi e le regole stabiliti, sono improntati ad una dimensione individuale della contrattazione (101); del pari vanno tenuti presenti i rimedi nuovi approntati dal diritto europeo dei contratti (102).

Le regole di comportamento, com'è noto, misurano la legittimità dell'esercizio di un potere; esse sono dirette ad assicurare la correttezza e la moralità delle contrattazioni, sono regole di responsabilità (103), a differenza delle regole di validità, le quali attengono alla fattispecie del contratto e sono finalizzate a regolarne le conformazioni strutturali, ossia a stabilire i requisiti e le condizioni alle quali il contratto deve corrispondere per essere valido e vincolante.

Fra le regole di validità e le regole di comportamento, secondo la dottrina tradizionale, vi è completa autonomia; i reciproci rapporti sono improntati al rispetto del principio di non interferenza (104). Nello specifico, si ritiene che l'accertamento della validità dell'accordo assorba ogni ulteriore valutazione relativa alla fase precontrattuale (105). In tal modo, per i contratti validi, si finisce per relegare nella sfera dell'irrelevanza giuridica ogni eventuale comportamento sleale e scorretto realizzato nella fase formativa del contratto (106).

Il principio di non interferenza comporta che in nessun modo il sistema delle invalidità negoziali - frutto di una precisa scelta di politica del diritto, la quale ha condotto alla tipizzazione delle cause della nullità e dell'annullabilità - possa essere integrato da ipotesi di invalidità atipiche e conseguenti alla violazione delle regole di comportamento (107). Ciò a meno di non voler minare alla radice il valore giuridico fondamentale (di ogni società civile) della certezza dei traffici giuridici (108).

Il rimedio per la violazione delle regole di comportamento nello svolgimento dell'attività e nella singola

(102) Da ultimo, afferma che, nell'ordinamento comunitario, la strategia rimediaria è, al tempo stesso, fondativa e conformativa della rilevanza giuridica degli interessi ai quali si intende attribuire protezione: V. Scali, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 844.

(103) In questo senso v., in particolare, G. Panza, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, 251.

(104) Per la completa autonomia tra i due gruppi di regole cfr., sotto il vigore del codice del 1865, A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 105 ss., spec. 107. Con riferimento all'attuale codice v., in particolare, L. Carraro, *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Riv. trim.*, 1949, 797; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961, 28; P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 202 ss.; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 100; Id., *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 302; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1997, 171; V. Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 104 ss.; Id., *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, 51 ss.; Id., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 104 e 118; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 9.

(105) Così, in particolare, G. D'Amico, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., 137 ss.; A.M. Musy, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1998, XVII, 401. *Contra*: L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 ss.; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 13 ss.; Id., *Culpa in contrahendo*, cit., 295 s.; G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 106 ss.; Id., *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 178 ss.; A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 13 ss.; R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1975, 358; A. Del Fante, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 144 s.; E. Minervini, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 924.

(106) Secondo una nota tesi, la violazione delle regole di comportamento determina invece responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto concluso validamente. Ciò qualora la volontà di un contraente risulti viziata, ma il vizio non sia riconducibile ad uno dei vizi della volontà disciplinati dal codice civile; a tale ricostruzione si perviene per via del riconoscimento dell'esigenza di tutelare il contraente il quale, pur avendo stipulato un contratto valido, ha comunque subito la condotta sleale della controparte; si configura così la categoria del cd. vizio incompleto: M. Mantovani, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, spec. 155 ss. e 289. *Contra* G. D'Amico, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 101 ss.; Id., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 51; Id., *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351. Sul punto cfr., altresì, V. De Lorenzi, *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 565 ss.; M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, 348 ss. e 459 ss.; P. Gallo, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 246; L. Bandinelli, *L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del comportamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 620 ss.; U. Minneci, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 373 ss.; G. Vettori, *Asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241 ss.

(107) Così G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004, 55. Sul punto v. G. Perlingieri, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, cit., 82.

(108) Sul potenziale conflitto fra il valore della sicurezza della circolazione e quello, altrettanto fondamentale, della giustizia sostanziale v., per tutti, A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 1 ss. Di fronte alla crescente esigenza di giustizia, dunque, «cede anche il dogma della certezza del diritto»: C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 215.

Note:

(100) Così G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37. Rileva che «Il paesaggio socio-giuridico, che gli intelligenti giuristi borghesi avevano fissato nelle mirabili armonie del Codice civile, sembra ormai uno di quei fondali di teatro dove sono dipinte oleografie artificiali e irreali [...] i fondali di carta dipinta cominciano a subire squarci, e gli squarci danno modo ai tanti fatti retrostanti di invadere il proscenio»: P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2006, 66.

(101) Sul punto cfr., in particolare, A.M. Azzaro, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2002, 11 ss. Sul ruolo dell'assetto materiale nella formazione dei contratti di massa v. M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, cit., 2 ss.

operazione contrattuale, secondo la segnalata dottrina, non può che essere (unicamente) quello risarcitorio (109), senza alcuna possibilità di incidere sulla validità dell'atto (110). Si esclude, quindi, che alla responsabilità precontrattuale possa essere affidata una funzione integrativa o, comunque, di chiusura del sistema delle invalidità negoziali.

Nel sistema si moltiplicano, tuttavia, gli indici normativi alla stregua dei quali sembra potersi desumere, almeno in via tendenziale, uno «spostamento del comportamento corretto in sede precontrattuale fra i requisiti di validità del contratto» (111). Nello specifico, a favore del superamento della dicotomia fra le regole di validità e le regole di comportamento e del conseguente possibile cumulo dei rimedi (invalidità e risarcimento), sembra muovere la disciplina - di derivazione comunitaria - riguardante i contratti caratterizzati da asimmetria di potere contrattuale (112). Ne consegue un «progressivo scolorimento» (113), in tali contratti, tra le regole di validità e quelle di responsabilità per il prevalere, in essi, dell'esigenza di tutelare i contraenti in condizione di debolezza, spesso vittima di comportamento scorretti del contraente dotato di maggior potere contrattuale (114).

Si tratta, quindi, di identificare in concreto la relazione intercorrente tra i due gruppi di regole, formulando soluzioni con un metodo funzionale (115), il quale tenga conto di tutte le peculiari circostanze del caso concreto, quali il tipo di contratto, le caratteristiche dei beni o dei servizi, le condizioni personali dei contraenti (116).

In fondo, nel sistema delineato dal codice civile, la correttezza nella fase precontrattuale costituisce uno dei requisiti di validità del contratto: la disciplina codicistica dei vizi del consenso, soprattutto del dolo e della violenza, mira proprio a reprimere i comportamenti scorretti di uno dei contraenti in tale fase (117); essa introduce valutazioni di ordine equitativo ed etico nel diritto dei contratti, ma limitatamente a comportamenti individuati tipicamente e formalizzati, per i quali è espressamente prevista la sanzione dell'invalidità (118).

L'interferenza tra i due gruppi di regole nella fase formativa della volontà è, in tal modo, circoscritta. Opportunamente, al riguardo, si osserva che se, nei contratti caratterizzati da asimmetria del potere contrattuale, un qualsiasi comportamento scorretto - accanto e oltre a quelli tipizzati dal legislatore - nella fase delle trattative e della formazione del contratto fosse idoneo ad incidere sulla sua validità, verrebbe meno l'incomunicabilità assoluta tra i due gruppi di regole, con le correlate garanzie per le esigenze di certezza del diritto (119).

Va qui posto in rilievo che, nella maggior parte dei casi, il legislatore non prevede le sanzioni da applicare in caso di violazione delle regole di comportamento.

Spetta all'interprete, con una interpretazione sistematica ed assiologica (120), dare risposta all'interrogativo intorno ai rimedi applicabili per la violazione delle

Note:

(109) In questo senso v., in particolare, L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 33; F. Santoro Passarelli, *op. loc. cit.*, e, più di recente, L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 1 ss.; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, 159 ss.; G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 269 ss.

(110) In senso contrario v. F. Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, 423; A. Riccio, *La clausola generale di buona fede è dunque un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, 21 ss., ma già V. Pietrobbon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 105 s.; Id., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, 1990, 104 ss.; R. Sacco, *La nozione di contratto*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, cit., 355 ss.

(111) E. Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1108. Nel senso del tendenziale superamento della netta separazione tra le regole di responsabilità e le regole di validità per effetto della peculiare pregnanza attribuita, nel procedimento formativo dell'accordo, al canone *ex fide bona* nei Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione Lando: C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa*, cit., XXXVI ss.; G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 922 ss.; A. Spadafora, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, cit., 98 ss.

(112) Sull'emersione di un paradigma contrattuale, alternativo a quello del contratto di diritto comune, costruito inizialmente sulla base della normativa dei contratti del consumatore e, successivamente, delle discipline le quali, a prescindere dalle qualità personali dei contraenti, presentano la caratteristica della debolezza di una parte rispetto all'altra, l'asimmetria di potere contrattuale, cfr. V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., 769 ss. Si osserva che il consumatore non è sempre e per definizione debole; si rileva che, per la variabilità e l'ambiguità della relativa nozione, è impossibile costruirne una categoria unitaria se non in termini essenzialmente descrittivi: P. Perlingieri, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 309.

(113) F. Cafaggi, *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., XI, Torino, 1994, 492.

(114) In questo senso A. Musio, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 93 s.

(115) Così G. Perlingieri, *Negozi illecito e negozio illegale - Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, 88 ss.

(116) G. Perlingieri, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, cit., 135 ss.

(117) La visione tradizionale, di tipo formalistico, è però fondata «sul presupposto della uguaglianza delle parti contraenti nella formazione della volontà contrattuale, cioè, in altre parole, sul misconoscimento delle disparità di situazione tra coloro che concludono il contratto»: L. Corsaro, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, cit., 53. Ne consegue, secondo l'A., che l'ordinamento combatte la violenza e l'inganno altrui ma, in assenza di questi fatti, «si disinteressa degli altri fattori che determinano la volizione della persona; e, in loro assenza, ritiene questa in stato di libertà di volere».

(118) In questo senso G. D'amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 37 ss. Afferma la coincidenza della responsabilità precontrattuale con il sistema dell'invalidità F. Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, cit., 418 ss. Per la confutazione della tesi e del sillogismo sul quale si fonda v. G. Perlingieri, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, cit., 75 ss.

(119) A. Musio, *op. loc. ult. cit.*

(120) Sulla necessità di un'interpretazione sistematica ed assiologica nell'attuale ordinamento italo-comunitario, v. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., spec. 580 ss. ed, *ivi*, amplii riferimenti bibliografici.

regole di condotta; nel caso in esame, occorre domandarsi se l'illiceità della condotta si rifletta e si propaghi sulla validità dei contratti per mezzo dei quali l'attività è realizzata e, dunque, se, oltre al diritto al risarcimento del danno, da essa discenda anche l'invalidità dei relativi contratti (121).

Invero, con riferimento all'abuso di dipendenza economica, introdotto o semplicemente esplicitato dall'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, il legislatore ha espressamente previsto, quale rimedio applicabile per la violazione delle regole di comportamento, la nullità del contratto attraverso il quale l'abuso di dipendenza economica si realizza (122). Tale invalidità, ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 1, discende dalla contrarietà del comportamento alla norma imperativa e non desta meraviglia; essa risponde alle regole generali in tema di nullità.

Al riguardo va segnalato che, secondo l'opinione prevalente in letteratura, l'abuso di dipendenza economica costituisce una clausola generale di abuso di potere contrattuale, relativa all'esercizio dell'autonomia privata nelle relazioni tra imprese (123).

Quanto all'abuso di posizione dominante (riguardante, nei rapporti tra imprese, lo sfruttamento di una posizione di potere diretto ad incidere sulla libertà negoziale dell'altro contraente), risulta controverso se dal divieto delle intese anticoncorrenziali previsto dall'art. 2, comma 3, l. n. 287/90, discenda esclusivamente la nullità dell'accordo anticoncorrenziale (124) oppure anche l'invalidità dei rapporti negoziali conclusi ad un diverso livello della catena produttiva, in ragione della loro necessaria strumentalità all'intesa anticoncorrenziale (125); essi rappresentano, nella maggior parte dei casi, la fase attuativa dell'intesa anticoncorrenziale in ragione del nesso causale - diretto ed immediato - esistente tra quest'ultima e i cc.dd. contratti a valle (126).

Le fattispecie abusive presentano indubbe affinità; l'elemento in comune è dato dall'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale - per effetto della posizione di maggiore forza contrattuale - da parte di uno dei contraenti.

Con riferimento all'abuso sia di dipendenza economica, sia di posizione dominante, non si è mancato di interrogarsi in merito al profilo dell'eventuale invalidità dei contratti cc.dd. a valle della condotta illecita (127). Invero il medesimo interrogativo va proposto anche per tutti i contratti attraverso i quali si realizza un abuso dell'autonomia negoziale (128).

Ciò con l'avvertenza che, come si è detto, occorre utilizzare un metodo non astrattizzante e generalizzante, il quale possa consentire l'individuazione di una soluzione «attenta agli interessi in gioco ed alle peculiarità

(122) L'art. 9, l. n. 192/1998, al comma 3, dopo aver vietato il comportamento abusivo, dispone che: «il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo».

(123) In questo senso v., *ex multis*, D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., 218 ss.; F. Prosseri, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica - Profili ricostruttivi e sistematici*, cit., 325; Id., *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, cit., 571; F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 702-704. Con differente prospettiva cfr. M. Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, 88; M. Tamponi, *Contratti di subfornitura e contratti agro-industriali: due leggi a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, 36 ss.; A. Frignani, *La subfornitura internazionale - Profili di diritto della concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 683 ss.

(124) Nel senso della esclusiva nullità del contratto attraverso il quale l'impresa abusa della propria posizione dominante, in particolare, C. Selvaggi, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 134; A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, 340, nt. 116; G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 44 ss., 150 ss. Con specifico riferimento alle norme bancarie uniformi v., per la giurisprudenza, Trib. Alba 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 212, con nota di Gius. Rossi, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti fra imprese e clienti: un caso relativo alle «norme bancarie uniformi»*; Trib. Roma 25 maggio 2000, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 88 ss., con nota di G. Falcone, *Ancora sull'invalidità dei contratti a valle per contrasto delle norme bancarie uniformi con la disciplina antitrust*.

(125) Rileva l'inutilità di una sanzione rivolta esclusivamente al cartello, senza ripercussioni sugli strumenti attraverso i quali le imprese conseguono il vantaggio illecito R. Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone ?*, in *Foro it.*, 2004, I, 469.

(126) Così S. Bastianon, *Nullità «a cascata»? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno resp.*, 2003, 1067.

(127) Per i contratti a valle di un'intesa restrittiva della concorrenza cfr., in particolare, O. Palletta, *Illeciti antitrust, contratti a valle e presunzione di danno*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, 177 ss.; A. Mantelero, «Per qualche lira in più» o del danno al consumatore nei contratti «a valle» di un'intesa anticoncorrenziale, in *Riv. trim.*, 2004, 329 ss.; A. Bertolotti, *Illegittimità di norme bancarie uniformi (NBU) per contrasto con le regole antitrust ed effetti sui contratti a valle: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 345 ss.; Id., *Qualche ulteriore considerazione su intese vietate, contratti «a valle» e sanzione di nullità*, in *Giur. it.*, 2002, I, 2, 1211 ss.; Id., *Ancora su norme antitrust e contratti «a valle»*, in *Giur. it.*, I, 2, 2000, 1876 ss.; A.V. Guccione, *Intese vietate e contratti individuali «a valle»: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 453 ss.; A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., 339 ss.; Gius. Rossi, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, cit., 220; F. Parrella, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle*, in *Dir. banc.*, 1996, 507 ss.; G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 67 ss.; M. Meli, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001; M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 433 ss. Con riferimento alle norme bancarie uniformi, propendono per la tesi della nullità: L.C. Ubertazzi, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986, 98 ss.; Id., *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1997, 415 ss.

(128) Sul punto e, nello specifico, sull'alternativa tra nullità o annullabilità del contratto stipulato a seguito delle svolgimenti di una pratica commerciale sleale cfr., in particolare, M. Nuzzo, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, 235; E. Guerironi, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, 178.

Note:

(121) Sul punto cfr., *ex multis*, E. Minervini, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit., 81 s.

delle situazioni; tesa a non confondere regole di validità e di comportamento» (129).

Va rilevato che, a differenza dei contratti per mezzo dei quali si realizza direttamente l'abuso della posizione dominante e della dipendenza economica, nei contratti a valle di questa condotta illecita (consistente nell'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale), il contrasto con la norma non riguarda *ex se* il regolamento negoziale, bensì il comportamento che si pone, logicamente e cronologicamente, a monte della stipulazione del contratto. L'apprezzamento negativo dell'ordinamento non riguarda in via immediata il contratto; esso è rivolto alla condotta scorretta dell'operatore economico, il quale esercita l'autonomia privata in modo da realizzare un profitto maggiore rispetto a quello che conseguirebbe senza la violazione delle regole di condotta.

Quel che appare certo è che il contratto di fornitura, nel caso in esame, non è meramente inefficace: è il concetto di invalidità ad indicare la valutazione negativa dell'attività negoziale da parte dell'ordinamento, a differenza della inefficacia in senso stretto, la quale attiene alla funzionalità del negozio (130).

Non è possibile, in questa sede, analizzare più compiutamente le problematiche che, per effetto della normativa comunitaria, investono un tema classico del diritto civile come quello dell'invalidità contrattuale; va però rilevato che, se i regolamenti contrattuali a valle del comportamento scorretto fossero da considerare invalidi, per essi non sembra invocabile la figura dell'invalidità derivata (131). L'invalidità del contratto a valle del comportamento illecito (a monte) presupporrebbe un collegamento (inesistente) negoziale e funzionale tra la pluralità di contratti collegati; esclusivamente in virtù di esso la causa dell'invalidità dell'atto che rappresenta il presupposto dell'intera sequenza si comunicerebbe ai contratti successivi (132).

La categoria della nullità alla quale fare riferimento non è invero quella assoluta (tradizionale). Il legislatore comunitario, difatti, sembra attento a salvare più il piano degli interessi che i profili dogmatici; non meraviglia pertanto che, per effetto delle ipotesi normative di invalidità di derivazione comunitaria (si pensi alla nullità prevista per le clausole vessatorie o alla nullità dei contratti con abuso di dipendenza economica), nel sistema sembra operare un principio generale, in base al quale «un consenso non consapevolmente e liberamente formato giustifica la nullità relativa del contratto» (133). Si tratta di una nullità di protezione posta nell'interesse del contraente debole (134). Il regolamento contrattuale costituisce l'esito di una condotta (di mala fede) vietata e, pertanto, esso «entra di diritto - secondo la logica delle nuove e protettive invalidità - nell'orbita del giudizio di nullità» (135). Appare, di conseguenza, confermato l'ipotesi «progressivo superamento della impermeabilità» fra le regole di comportamento e le regole di validità (136).

Si può pertanto convenire con chi distingue l'illeceità nella «contrattazione tra eguali», dalla illiceità

Note:

(129) G. Perlingieri, *op. ult. cit.*, 86 ss. L'A. rileva che i due gruppi di regole hanno fondamenti diversi e si caratterizzano per la diversità dei rispettivi ruoli, i quali soltanto eccezionalmente coincidono.

(130) Sul punto cfr., in particolare, V. Scalisi, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 322 ss.; Id., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 351 ss., secondo il quale l'inefficacia «presuppone una fattispecie rilevante [...] potenzialmente efficace [...] non concerne la struttura dell'atto, bensì la sua funzione»; Id., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, cit., 843. *Contra*, nel senso che l'inefficacia è comunque collegata alla presenza di «elementi di turbativa e di conflitto nell'equilibrato assetto delle pretese delle parti e dei terzi»: R. Scognamiglio, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. giur.* Treccani, XVI, 1989, 1 ss.

(131) In questo senso v., in particolare, E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 512.

(132) Per la tesi dell'invalidità derivata, con riferimento all'abuso di posizione dominante, v., in particolare, L.C. Ubertazzi, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, cit., 98 ss.; Id., *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, cit., 429 ss. *Contra*, sottolineano l'impossibilità di ravvisare qualsiasi collegamento funzionale tra il cartello e i negozi secondari, G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 549; G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., 67. Più in generale, sul collegamento negoziale, cfr. R. Scognamiglio, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 375; F. Di Sabato, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 435; G. Lener, *I profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 6 ss.; F. Maisto, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000, spec. 13 ss.

(133) A. Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 401.

(134) Sulla nullità di protezione quale categoria giuridica autonoma, *species* del più ampio *genus* della nullità e sulle nuove funzioni della nullità nella normativa comunitaria v., in particolare, G. Passagnoli, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, *passim*; G. Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, 1332 ss.; S. Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, spec. 16 ss., 72 ss.; R. Quadri, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. impr.*, 2001, 1143 ss.; P.M. Putti, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, 283 ss. e 351 ss.; S. Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 685 ss.; A. Gentili, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 200 ss.; U. Majello, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 329 ss.; A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 87 ss.; F. Venosta, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004, *passim*; D.E. Cutugno, *Le «nuove» invalidità contrattuali: relative, speciali, virtuali*, in *Dir. giust.*, 2004, 103 ss.; M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. contr. Roppo*, IV, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 155 ss.; V. Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 489 ss.; Id., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 201 ss.; Id., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459 ss. (ora in Id., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 619 ss.); Id., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, cit., 844 ss.

(135) V. Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi*, cit., 856; secondo l'a. le nullità di protezione costituiscono «una categoria elastica e aperta, plurale e complessa, eterogenea e mobile, dai tratti variabili e non sempre omogenei, il più delle volte individuabili soltanto con un procedimento a posteriori, a seconda degli interessi [...] sottesi»: Id., *op. ult. cit.*, 850. Sul punto cfr., *ex multis*, G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 156 ss.

(136) S. Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 235.

nella «contrattazione diseguale» e rileva che, pur essendo incontrovertibile che, in nessun caso, si possa prescindere dalla contrarietà del contenuto dell'atto rispetto al piano dei valori dell'ordinamento, tuttavia, esclusivamente nella contrattazione caratterizzata da asimmetria di potere contrattuale, il piano dei valori «si arricchisce anche dell'esigenza che la *disuguaglianza di potere (contrattuale)* [...] non si trasformi in *prevaricazione* (detto altrimenti: che la *maggior libertà contrattuale* di un contraente non trasmodi in *abuso*)» (137).

La segnalata esigenza rileva quale interesse individuale del contraente debole, ma soprattutto come interesse generale ad un assetto del mercato il quale si costituisca in virtù di una competizione corretta fra le imprese, piuttosto che attraverso i vantaggi conseguibili attraverso una dinamica negoziale la quale conduca ad un regolamento negoziale penalizzante per un contraente (138).

Tutto ciò, com'è evidente, contribuisce all'emersione dell'esigenza di «ripensare in termini nuovi all'apparato rimediabile, in una prospettiva innanzitutto funzionale alla tutela degli interessi protetti» (139). Sul presupposto che il contratto costituisca un *valore*, «la dimensione della sua *giuridicità*, non potrà che essere insita in quella stessa autonomia dei privati, di cui esso è espressione [...] fondata su una *vincolatività* ed una *impegnatività* che [...] costituiscono espressione del costume, della correttezza e della *bona fides*, da cui discende l'operare di sanzioni» (140).

Per la pratica commerciale consistente nella fornitura non richiesta, la violazione della relativa regola di comportamento, nella fase della formazione del contratto, per così dire, penetra nella fattispecie negoziale» (141) e, di conseguenza, ne determina la nullità. A questa conclusione si perviene partendo dal presupposto che, *ex se*, le regole di condotta non sono fondative delle regole di validità, tuttavia, in alcune circoscritte ipotesi, la loro violazione può determinare l'invalidità del contratto «per idoneità della condotta [...] ad incidere sulla libera formazione della volontà» (142).

Più precisamente, quando l'illiceità della condotta nella fase formativa del contratto sia tale, come si è detto, da penetrare nel precetto, non vi è una mera lesione assoluta o relativa della libertà contrattuale (nullità strutturale o annullabilità), bensì un atto «viziato funzionalmente, ossia nullo per una condotta illecita che, in un rapporto di causa-effetto, è risultata capace di «colorare» il regolamento di interessi» (143). La relativa nullità (strutturale) è tale per violenza assoluta; la condotta, pur esterna alla regola contrattuale, ha impedito il configurarsi di una volontà imputabile e, pertanto, in mancanza dell'accordo, il contratto è illegale.

La nullità così delineata contribuisce a tracciare in maniera nuova i rapporti tra le regole di validità e i giudizi di responsabilità (144). Le relative problematiche vanno esaminate nel contesto di una riflessione di più ampio respiro che parta dall'interrogativo intorno alla

concezione ed all'idea stessa di contratto verso il quale appare orientato il nuovo ordine giuridico europeo (145).

Il valore del silenzio nella conclusione del contratto

Dal silenzio serbato a fronte dei beni recapitati e dei servizi attivati, non può dunque desumersi il consenso del destinatario della fornitura non richiesta. La mancanza di risposta del contraente non esprime invero il suo consenso, ma non può nemmeno essere assimilata al silenzio.

In ragione dell'elemento in comune rappresentato dal contegno omissivo, non si può tuttavia fare a meno di accostare l'assenza di risposta del contraente al silenzio. Lo schema invero è usuale, basti pensare che, tradizionalmente, sono stati ricondotti al tema del silenzio questioni che con esso nulla hanno a che vedere (146). Opportunamente, al riguardo, si rileva che la problema-

Note:

(137) G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., 657.

(138) Così G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 657 ss.

(139) F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 680.

(140) G.B. Ferri, *Il negozio giuridico tra ordinamento e autonomia*, in *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, a cura di G. Fuccillo, Napoli, 2002, 28. L'a. richiama l'insegnamento secondo il quale il negozio giuridico va considerato o quale *fatto* - in tal caso è esso stesso oggetto di valutazione - o quale *valore* e, in questa ipotesi, va individuato «il suo significato di criterio qualificante»: B. De Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958 115.

(141) Così G. Perlingieri, *op. ult. cit.*, 98 s.

(142) G. Perlingieri, *op. loc. ult. cit.*, Ciò si verifica, secondo l'a., quando la regola di comportamento, «pur essendo indifferente al contenuto dell'accordo è, tuttavia, idonea ad incidere sulla libera formazione della volontà (nullità per illegalità, *rectius* mancanza dell'accordo per mancanza totale della volontà)»: Id., *op. ult. cit.*, 119.

(143) G. Perlingieri, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, cit., 117.

(144) Così G. Perlingieri, *op. ult. cit.*, 135 ss. Sul punto cfr. V. Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, cit., 851.

(145) In questi termini pone la questione V. Scalisi, *op. ult. cit.*, 846, secondo il quale il contratto «abbandonati gli antichi e apparentemente stabili ancoraggi della modernità [...] è approdato alla condizione inquieta e stabile [...] fluida e liquida della modernità». Sul punto cfr. V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., 769 ss.; Id., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 53 ss.; F. Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 919 ss.; Id., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, ivi, 189 ss. Evidenzia la dimensione postmoderna del contratto, connotata da «polimorfismo» G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1998, 27 ss., ora in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, 809 ss.

(146) Per un quadro d'insieme delle questioni che possono ricomprendersi nel concetto di silenzio v. A. La Torre, *Silenzio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 543 ss. Si noti che, già agli inizi del secolo scorso, osservava che al tema del silenzio erano state spesso ricondotte «fattispecie o casi che propriamente non vi appartengono»: C.F. Gabba, *Del silenzio nel diritto civile*, in *Giur. it.*, 1901, IV, 341.

tica del silenzio viene «scambiata, identificata con quella del contegno commissivo non dichiarativo» (147).

Invero, negli ultimi tempi, ad un tema tradizionale nella teoria generale del negozio giuridico quale il silenzio, non sono state dedicate, *ex professo*, molte riflessioni (148). I contributi recenti in tema del silenzio sono esigui (149), in raffronto con i numerosi scritti ad esso dedicati nella dottrina della prima metà del secolo passato, spesso ma non soltanto contenuti in lavori di più ampia portata e di teoria generale del negozio giuridico e del contratto. Per questa ragione occorre fare riferimento a tali studi, pur senza sopravvalutare il contributo alla riflessione che da essi può derivare, trattandosi di analisi e soluzioni maturate in un contesto culturale e giuridico completamente diverso dall'attuale al quale, nello specifico, erano completamente estranee tutte le problematiche riguardanti le forme di contrattazione moderne.

Va subito rilevato che su un punto sembrano concordare i giuristi di ieri e di oggi, ossia sulla necessità che, per esattamente valutare il significato da attribuire al silenzio del contraente che riceve la proposta contrattuale, debba constare con sicurezza «che egli ha presso conoscenza, o che è pervenuta al di lui indirizzo» (150).

Da sempre si ha pertanto consapevolezza che «il diffondersi della dottrina che fa del silenzio un mezzo di obbligarsi minaccerebbe tutti gli ordini dei cittadini gravandoli di debiti non voluti o non meditati» (151) e si invita a riflettere «sulla gravità delle conseguenze di ordine sociale, che deriverebbero da una diversa concezione: chiunque, per il solo fatto di ricevere una proposta di contratto, sarebbe esposto a essere considerato accettante, qualora *non si affrettasse* a dichiarare che non intende accettare» (152).

Le riflessioni paiono straordinariamente attuali e calzanti con riferimento alle problematiche poste dalla fattispecie (moderna) delle forniture non richieste (153).

La questione, con le relative esigenze di tutela, precede logicamente quella, invero assai dibattuta, dell'attribuibilità al silenzio del valore di manifestazione di volontà (154), espressa (155) o tacita (156).

Della possibilità di considerare il silenzio quale manifestazione di volontà si è occupata a lungo la dottrina, soprattutto quella più sensibile alle lusinghe del dogma consensualistico, al punto che, come si è opportunamente rilevato, spesso «si è [...] sacrificata l'indagine tecnico-giuridica in favore di finzioni alle quali è in buona misura dovuto l'abito mentale, ancor oggi saldo, che induce a immaginare, di fronte allo schema di un accordo "claudicante", volontà tacite o presunte» (157).

L'interrogativo intorno alla attribuibilità al silenzio del significato di manifestazione di volontà si è posto anche in giurisprudenza (158), la quale è stata decisa-

Note:

(147) F. Addis, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, 257. Va osservato che, da sempre, il giurista appare consapevole delle complesse problematiche sollevate dal silenzio. Sul punto v. già, agli inizi del secolo, F. Degni, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Studi sul diritto delle obbligazioni*, Grottaferrata, 1926, 33; C.F. Gabba, *Del silenzio nel diritto civile*, in *Giur. it.*, 1901, IV, 338 ss.; Id., *Nuove questioni di diritto civile*, I, Torino, 1905, 88 ss.

(148) La ragione è individuata nella riconduzione del problema giuridico del silenzio alla teoria della manifestazione; in questo senso G. Castiglia, *Silenzio (diritto privato)*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, XXVIII, 1992. È significativo che, agli inizi del XX secolo, il tema del silenzio sia stato considerato «uno degli argomenti più eleganti che s'incontrano nella teoria generale del diritto»: V. Simoncelli, *Il silenzio nel diritto civile*, in *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, 553 e definito «non meno elegante che controverso»: G. Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici*, Cagliari, 1901, 3.

(149) Per la letteratura recente v., in particolare F. Rossi, *Silenzio e contratto. Silenzio dell'oblato e costituzione del rapporto contrattuale*, Torino, 2001; R. Rolli, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contr. impr.*, 2000, 206 ss.; M.S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982; F. Addis, *Lettera di conferma e silenzio*, cit. Sul silenzio come comportamento concludente idoneo a concludere il contratto non vi è molta giurisprudenza; per essa v., in particolare, Cass., sez. II, 25 novembre 1997, n. 11811, in *Dvd Juris data e*, da ultimo, Cass. 16 marzo 2007, n. 6162, in www.italgiure.giustizia.it.

(150) F. Messineo, *Contratto (Dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 946.

(151) C. Vivante, *Tratt. dir. comm.*, IV, Milano, 5 ed., 1926, 29 s.

(152) F. Messineo, *op. loc. ult. cit.*

(153) La prassi delle forniture non richieste invero non sembra costituire una specificità della modernità, sul punto cfr. già A. Nattini, *La spedizione di cose non ordinate*, Milano, 1912, *passim*.

(154) Il valore del silenzio è, da sempre, controverso. Alcuni autori attribuiscono al silenzio il valore di manifestazione, ma non di dichiarazione di volontà; in questo senso v., in particolare, F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale* I, IX ed., Milano, 1972, 482 ss.; Id., *Contratto (Dir. priv.)*, cit., 946 ss. L'a. rileva che il silenzio consiste sempre nell'inerzia, in un non-comportamento, in un «non fatto positivo concludente; ossia non è né accettazione, né rifiuto» e, pertanto, non può essere assimilato né alla dichiarazione espressa, né all'accettazione tacita; rappresenta «il risultato di un'interpretazione legale e dell'attribuzione, da parte dell'ordinamento giuridico, di un significato impegnativo e vincolante». Secondo una tesi estrema, il silenzio non rileva nemmeno come forma di comportamento umano, in questo senso A. Tesauro, *Il silenzio e l'omissione nella teoria degli eventi giuridici*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, II, Padova, 1933, 536 ss., spec. 553, 556.; Id., *Il silenzio nella teoria degli eventi giuridici*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1946, 5 ss.

(155) Secondo un'autorevole dottrina il silenzio consiste in una dichiarazione di volontà espressa, in questo senso v., in particolare, F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1997, 140; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, 65 s.

(156) Nel senso che il silenzio possa valere come dichiarazione tacita di volontà già A. Sraffa, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Giur. it.*, 1898, IV, 353 ss.; S. Perozzi, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, 509 ss.; P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, 150 ss., 158 ss., 174 ss.; A. Vighi, *Considerazioni sulla dichiarazione tacita di volontà*, Camerino, 1899, 85 ss., 121; C. Vivante, *Tratt. dir. comm.*, IV, Milano, 5 ed., 1926, 31 ss. Per la dottrina risalente distinguono tra silenzio e dichiarazione (o manifestazione) tacita: A. De Martini, *In tema di «silenzio» nella conclusione dei contratti*, in *Foro it.*, 1950, I, 583 s.; D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, 358.

(157) F. Addis, *Lettera di conferma e silenzio*, cit., 258.

(158) Sulle condizioni in presenza delle quali il silenzio assume valore negoziale v., in particolare, Cass. 9 giugno 1983, n. 3957, in *Dvd Juris*

(segue)

mente più cauta e gli ha attribuito il significato di consenso esclusivamente in presenza di ben precisate e tassative condizioni; in assenza di queste ultime, si afferma che il silenzio non sia di per sé idoneo a valere come manifestazione tacita di volontà (159).

In via generale, quindi, il silenzio «inteso come assenza di dichiarazione e di qualsiasi comportamento dal quale sia possibile ricavare l'intenzione negoziale del soggetto» (160), di per sé, non costituisce una manifestazione di volontà giuridicamente rilevante (161). Ad esso può persino attribuirsi il valore di dissenso anziché di consenso.

Il silenzio può rilevare quale dichiarazione di volontà esclusivamente qualora si tratti di cd. silenzio circostanziato (162) oppure se è intervenuto un accordo in tal senso tra i consociati (163) o, infine, qualora sussista in capo al soggetto un obbligo (od onere) di parlare o di agire ed esso sia rimasto inosservato (164).

In tutte queste ipotesi il valore del silenzio viene a dipendere «non tanto dalla sua espressività, quanto dall'onere e dal dovere di parlare» (165); ne consegue che la relativa manifestazione di volontà va considerata alla stregua di un'accettazione tacita. Che un atteggiamento di inerzia del soggetto, talvolta, possa assumere il valore di manifestazione (in senso stretto) di volontà era stato affermato anche dalla dottrina recenziata, la quale però si premurava di precisare che quest'ultimo andava verificato in concreto, con riferimento al comportamento complessivo dell'agente ed alle circostanze concrete.

La relativa valutazione spetta all'interprete; egli deve procedere «secondo criteri di esperienza e regole di connessioni empiriche reali. L'operazione logico-sperimentale di ricostruzione del significato non è diversa nel caso di silenzio che in qualunque altro comportamento manifestativo» (166).

Negli appassionanti studi di teoria generale sul silenzio succedutisi nel corso del tempo, particolare interesse rivestono quelli - risalenti ai primi del Novecento - dedicati alla specifica questione del significato da attribuire al silenzio nella conclusione del contratto.

Al riguardo, commercialisti e civilisti appaiono profondamente divisi. Tra i primi - spinti dall'esigenza di semplificare i procedimenti di formazione dei contratti nei rapporti mercantili e, in genere, nel diritto commerciale - molti hanno posizioni audaci e attribuiscono al silenzio il valore di accettazione di una proposta contrattuale, ogniqualvolta fra i contraenti intercorra una relazione d'affari oppure, molto più semplicemente, se uno di essi sia commerciante (167). I secondi esprimono invece maggiore cautela e affermano che il silenzio possa, qualche volta, rivestire il valore di accettazione tacita, ma esclusivamente qualora «la deroga ai principi fondamentali sia autorizzata dagli usi generali del commercio o dalla consuetudine speciale delle parti» (168). In generale, l'atteggiamento dei civilisti è

Note:

(segue nota 158)

data; Cass., 20 febbraio 2004, n. 3403, *ivi*; Cass., 14 giugno 1997, n. 5363, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 1117 ss.; Cass. 16 marzo 2007, n. 6162, in www.italgiure.giustizia.it.

(159) V., per tutte, Cass. 14 giugno 1997, n. 5363, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 1117 ss., per la quale il silenzio è di per sé idoneo a valere come manifestazione tacita di volontà e, a fortiori, non integra il consenso; esso tuttavia può assumere tale portata se accompagnato da particolari circostanze: Cass. 9 giugno 1983, n. 3957, *cit.*; Cass. 22 luglio 1993, n. 8191, in *Corr. giur.*, 1993, 1181 ss.; Cass. 15 aprile 1998, n. 3803, in *Foro it.*, 1998, I, 2133 ss.

(160) R. Troiano e A. Del Ninno, *La conclusione del contratto*, Torino, 2004, 103.

(161) In questo senso v., in particolare, V. Scalisi, *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 477 ss.

(162) Sul punto v. G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 264 s. La questione era stata prospettata in precedenza da significativa dottrina, per la quale v., in particolare, O. Ranalletti, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1892, 3 ss.; D. Barbero, *Sistema*, I, *cit.*, 358; E. Osilia, *Il silenzio come dichiarazione di volontà*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 1 ss., spec. 7 e 13; G. Pacchioni, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, 23 ss.; S. Perozzi, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, *cit.*, 509 ss.; F. Messineo, *Contratto (Dir. priv.)*, *cit.*, 946. Esprime dubbi sull'utilità della distinzione tra silenzio ex se e silenzio circostanziato, da ultimo, F. Rossi, *Silenzio e contratto. Silenzio dell'oblato e costituzione del rapporto contrattuale*, *cit.*, 59 ss. Al riguardo, bella l'immagine, adoperata un secolo fa, secondo la quale la volontà di una persona che tace è paragonabile «ad un'immagine fermata sopra una negativa fotografica: la negativa, se la si guarda contro la luce, non dà l'immagine, la quale invece, balza fuori in tutta evidenza sopra un determinato sfondo opaco. Il silenzio, per sé stesso, non dice nulla, ma sullo sfondo di un dato complesso di circostanze può dire tanto quanto le parole»: G. Pacchioni, *op. cit.*, 26.

(163) Per la tesi secondo la quale sono le parti stesse o la legge ad attribuire al silenzio un significato predeterminato, v. già N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, IV ed., Milano, 1929, 356 ss.; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 167 ss.; A. Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 4 ed., Milano, 1960, 187 ss.; C. Scuto, *Istituzioni di diritto privato*, I, Napoli, 1954, 365 s. e, da ultimo, V. Scalisi, *Manifestazione in senso stretto*, *cit.*, 477 ss.

(164) In tal senso già C.M. Mazzoni, *Il silenzio come comportamento modificativo del rapporto contrattuale*, in *Giur. it.*, I, 1, 1974, 1575; E. Pacifici Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, 1, 5 ed., Torino, 1928, 454, spec. 497 ss.; Id., *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, 5 ed., Torino, 1927, 158 e 262 ss.; F. Messineo, *Manuale*, I, *cit.*, 482 s.; E. Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano*, Napoli, III ed., 1909, 131; V. Simoncelli, *Il silenzio nel diritto civile*, in *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, 553 ss., spec. 576 ss. Per la tesi che rinviene il dovere di agire negli usi del traffico e nelle concezioni dominanti nel mondo degli affari v. L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, *cit.*, 141 ss.

(165) R. Sacco, *La conclusione dell'accordo*, *cit.*, 79 s., 83. In tal modo si elimina il segnalato rischio che le problematiche del silenzio siano assorbite in quelle della condotta positiva concludente, così R. Rolli, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, *cit.*, 206 ss.

(166) V. Scalisi, *Manifestazione in senso stretto*, *cit.*, 477 ss. Da tempo si rileva che il diritto civile italiano, nel sistema dei contratti, esige la dichiarazione e non si accontenta della riconoscibilità del volere, poiché il legislatore, quando prescinde dalla necessità della manifestazione di esso, lo dichiara espressamente: P. Bonfante, *I rapporti continuativi e il silenzio*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 678.

(167) V., per tutti, E. Vidari, *Diritto commerciale*, III, V ed., Milano, 1895, 234.

(168) G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, III, Firenze, 1925, 224. Sul punto cfr., per l'ampiezza delle condizioni che

(segue)

piuttosto prudente e critico nei confronti di una attribuzione generalizzata al silenzio del valore di accettazione contrattuale (169).

È interessante osservare che, per un giurista del tempo, affinché vi possa essere un contratto occorrono le corrispondenti manifestazioni delle volontà dei contraenti; pertanto, «se le due manifestazioni corrispondenti avvengono, il contratto si forma; se manca l'una [...] il contratto non si forma dunque nessuno dovrebbe poter intendere per *silenzio* il fatto della mancanza di una manifestazione del volere» (170).

Anche nelle contrattazioni moderne vi è l'esigenza di capire se, in concreto, un contegno omissivo acquisti o meno rilievo per il diritto e, soprattutto, se ad esso possa essere attribuito il valore di consenso o, meglio, di accettazione di una proposta contrattuale (171).

Secondo la migliore dottrina, il silenzio, per assumere valore concludente, deve essere inquadrato in una situazione di fatto particolarmente qualificata (172), ossia tale da richiedere una risposta o una presa di posizione del soggetto. Va però rilevato che, ai fini della sua rilevanza quale manifestazione di volontà, non occorre una dichiarazione o una specifica iniziativa altrui e nemmeno l'esistenza di un dovere di parlare o di agire, all'inosservanza del quale sia subordinato il relativo valore manifestativo (173).

Oggi è fortemente avvertita l'esigenza di evitare che «l'unilaterale ingerenza di un soggetto nella sfera giuridica di altri possa, nell'inerzia di questo, portare senz'altro al contratto» (174). Per questo si ritiene inammissibile, in virtù delle potenzialità lesive dell'autonomia contrattuale, considerare quale accettazione la mancata risposta ad una proposta o all'esecuzione di essa, «ancorché tale valore di adesione venga espressamente attribuito al silenzio del destinatario da parte del proponente» (175).

Non è pertanto da escludersi che l'accettazione possa manifestarsi attraverso comportamenti concludenti non accompagnati da alcun segno linguistico. Occorre però rispettare l'imprescindibilità dei requisiti minimi dell'accordo, variabili in funzione della bilateralità o unilateralità degli effetti gravosi. Per la conclusione del contratto occorre l'esternazione della determinazione di contrarre da parte di tutti i contraenti a carico dei quali il contratto è destinato a produrre effetti gravosi.

Come si è cercato di evidenziare, in base al principio dell'accordo e nel rispetto dei suoi requisiti minimi, il mero silenzio è idoneo a costituire elemento della fattispecie formativa esclusivamente nello sche-

Note:

(segue nota 168)

consentono di attribuire al silenzio il valore di un'accettazione tacita, O. Ranelletti, *Il silenzio nei negozi giuridici*, cit., 3 ss. In senso contrario, pur partendo dal presupposto che consenso significa accordo e che il nome stesso di contratto è sinonimo di convenzione o consenso, ritiene neces-

sario che «la nozione genuina del contratto e del consenso non sia turbata da figure che rappresentano uno stadio intermedio dell'evoluzione. *Qui tacet non utique fatetur*, ecco il principio, *sed nec negare videtur*; e poiché in molti casi basta il *non negare*, il *non repugnare*, il *non dissentire*, il *non contradicere*, il *non nolle*, che è casa diversa dal *velle*, dal consentire, in questi casi vale il silenzio»: P. Bonfante, nota a Cass. Firenze 24 luglio 1899, in *Foro it.*, 1900, XXV, I, c. 470.

(169) V., per tutti A. Sraffa, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, cit., 355, 360 s.; Id., *L'accettazione delle fatture e il silenzio*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, 27 ss. Nello stesso senso v. E. Osilia, *Il silenzio come dichiarazione di volontà*, cit., 7; C. Vivante, *Tratt. dir. comm.*, III, Torino, 1899, 28; A. Bruschetti, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Il dir. comm.*, 1899, 27.

(170) S. Perozzi, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, cit., 509. La replica alla tesi che distingue il silenzio puramente fisico da quello giuridico in base alla positività o negatività del comportamento, per la quale v. G. Pacchioni, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, cit., 29, e rileva che, *ex se*, non esistono contegni che possano dirsi positivi o negativi, poiché «un atto è positivo o negativo sempre in funzione di qualche idea di atto».

(171) Nel senso che, nell'ordinamento italiano, il silenzio non equivale ad accettazione, poiché esso «indica l'inerzia del soggetto che non manifesta alcuna volontà e non è dunque idoneo a perfezionare l'accordo»: H. Kötz e S. Patti, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, 58, i quali passano in rassegna, con riferimento anche all'esperienza francese e tedesca, le ipotesi eccezionali nelle quali, in questi sistemi, al silenzio è attribuito il valore di accettazione.

(172) In questo senso già C.F. Gabba, *Del silenzio nel diritto civile*, in *Nuove questioni di diritto civile*, I, Milano-Torino-Roma, 1912, 105 ss.; V. Scialoja, *Negozi giuridici*, 3 rist, Roma, 1933, 69 s. Più di recente v. L. Cariota Ferrara, *Volontà, manifestazione, negozio giuridico. Un nuovo problema*, in *Ann. dir. comp.*, 1941, ss.; Id., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 141 ss.; M. Allara, *La teoria generale del contratto*, II ed., Torino, 1955, 231 s.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, rist. II ed., Torino, 1952, 141 ss.; G. Giampiccolo, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim.*, 1961, 782 ss.; Id., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 43 ss.; C. Smuraglia, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano 1963, 40 ss.

(173) Così V. Scalisi, *Manifestazione in senso stretto*, cit., 477 ss. Mi piace ricordare, sul presunto dovere di parlare, ossia sulla buona fede la quale imporrebbe di rispondere con un categorico rifiuto qualora non si intendesse accettare la proposta, l'opinione di circa un secolo fa, secondo la quale «Questa non è buona fede, ma un laccio teso alla buona fede altrui, e nessun dovere di solidarietà impone di impiccarsi al laccio disposto dall'avversario»: P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, 224. L'A., quasi consolatoriamente, si appella, al tempo-galantuomo, rilevando che il silenzio riveste un'importanza straordinaria, poiché «il non contrastare l'operato altrui che infrange la nostra sfera giuridica è quasi sempre una debolezza, talora un'immoralità, e la debolezza o l'immoralità, anche quando non abbiano sanzione nel diritto, l'hanno nel fatto e nella vita; l'hanno nella forza delle cose e del tempo»: Id., *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, 125.

(174) G. Castiglia, *op. loc. cit.* Secondo l'A. è necessario che il giudizio di concludenza relativo al silenzio venga formulato solo quando tra le parti preesistano relazioni d'affari. In tal senso anche la risalente giurisprudenza di legittimità, per la quale v. Cass. 26 maggio 1965, n. 1054, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 613 ss., con nota di A. Genovese, *La rinuncia del proponente ai requisiti formali dell'accettazione*; Cass. 7 giugno 1966, n. 1501, in *Giust. civ.*, 1967, I, 788 ss., con nota di G.E. Longo, *De... recitatione codicis, ovvero dell'incertezza del diritto*; Cass. 15 gennaio 1973, n. 126, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1573 ss., con nota di C.M. Mazzoni, *Il silenzio come comportamento modificativo del rapporto contrattuale*. Per la coeva giurisprudenza di merito cfr. App. Bologna 13 aprile 1950, in *Foro it.*, 1950, I, 582 ss., con nota di A. De Martini, *In tema di «silenzio» nella conclusione dei contratti*; App. Milano 11 gennaio 1952, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, 73 ss., con nota di A. Travi, *Silenzio e formazione dei contratti*.

(175) R. Rolli, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, cit., 206 ss.

ma disciplinato all'art. 1333 c.c. (176), secondo il quale non è necessario il rifiuto della proposta contrattuale (177).

Tuttavia tale schema costituisce un'eccezione nel sistema; ciò per la riconosciuta esigenza di ricondurre al contratto - inteso come incontro di volontà delle parti - ogni vicenda idonea incida sulle sfere giuridico-patrimoniali degli interessati.

È significativo, a mio parere, che il principio secondo il quale il silenzio non equivale ad accettazione e non integra consenso sia stato codificato sia dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, sia dalle due principali proposte di armonizzazione europea della disciplina del contratto (i *Principles of European Contract Law* e i *Principi Unidroit*) (178).

L'art. 18, comma 1, della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili dell'11 aprile 1980, ratificata in Italia con legge 11 dicembre 1985, n. 765, difatti afferma che: «Il silenzio e l'inerzia, di per sé, non equivalgono ad una accettazione» (179). Analogamente, ai sensi dell'art. 2.1.6 dei *Principi Unidroit*, «Il silenzio e l'inerzia, di per sé, non equivalgono ad accettazione»; mentre, secondo l'art. 2:204 dei *Principi Lando*, «Il silenzio o la passività per sé sola non costituisce accettazione».

Esclusa pertanto la possibilità, come si è visto, in assenza di risposta del consumatore, di considerare concluso il contratto in base ad un procedimento formativo diverso dallo schema generale (180), deve ritenersi operante lo schema generale di formazione del contratto previsto dagli artt. 1326 ss. Esso è basato sul principio generale individuato nell'art. 1325 c.c., secondo il quale l'accordo è elemento essenziale del contratto; la sua mancanza è sanzionata con la nullità e ad esso non si può derogare in considerazione dell'interesse alla celere conclusione degli affari, alla rapidità e frequenza degli scambi.

In mancanza della risposta da parte del contraente, diversamente da quanto affermano i giudici del Supremo Collegio, il contratto non è inesistente, ma nullo (181). Il consenso non è «semplicemente "catturato" con metodi arditati; ma è [...] piuttosto, del tutto "inventato"» (182).

In assenza del consenso, non occorre che il consumatore si attivi in alcun modo. Non è necessario, ad esempio, che egli restituisca la merce o richieda la disattivazione di un servizio attivato automaticamente mediante l'invio di raccomandate di disdetta o via mail o telefonando a numeri verdi; manca il titolo per qualsivoglia pretesa economica e, pertanto, le relative somme illegittimamente percepite vanno rimborsate.

Si può ben dire, utilizzando una metafora, che occorre «liberare, per così dire, l'oro vero dall'oro falso, ovvero, [...] far risaltare, più pregiata e prestigiosa di prima, l'autentica "naturale", insostituibile (salvo eccezioni) causa dei vincoli giuridici dei privati: la dichiarazione di volontà o la volontà *tot court*» (183).

Note:

(176) Da ultimo, nel senso che «al di fuori di esso e dei suoi presupposti di sequenza e di unilateralità degli effetti gravosi, esso non può valere come manifestazione del consenso né contribuire al perfezionamento della fattispecie formativa»: A. D'Angelo, *op. cit.*, 84 s.

(177) L'art. 1333 c.c. è, per molti versi, riconducibile all'art. 36, quarto comma, cod. comm. In riferimento ad esso è stata elaborata, come si è visto, la tesi del contratto a formazione unilaterale: R. Sacco, *La conclusione dell'accordo*, cit., 58 ss.; Id., *Contratto e negozio a formazione unilaterale*, cit., 951 ss. In questo senso già A. Scialoja, *La dichiarazione di volontà come fonte di obbligazioni*, in *Studi di diritto privato*, Roma, 1906, 99 ss., secondo il quale il silenzio del destinatario «non è l'elemento perfezionativo del contratto, ma solo il fondamento della presunzione legale che il contratto si sia perfezionato»; G. Gorla, *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 923 ss.; F. Carresi, *Il contratto*, cit., 93 ss.; Id., *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, 393 ss.; P. Vitucci, *I profili della formazione del contratto*, cit., 35. Al riguardo non è mancata la tesi che ha negato trattarsi di un contratto, preferendo individuare nella norma un indice di legittimazione degli atti unilaterali soggetti a rifiuto: G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 121 ss. Nell'ottica delle promesse unilaterali, in una prospettiva procedimentale, è stato indagato il rapporto tra l'art. 1987 c.c. - con il discusso principio di tipicità delle promesse unilaterali - e l'art. 1333 c.c., sul punto v. A. D'Angelo, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1996, 105 ss.; Id., *Promesse unilaterali*, in *Dig. it.*, Torino, 1997, XV, 420; A. Palazzo, *Profili di invalidità del contratto unilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 587.

(178) Sulla altre iniziative in corso per la redazione di principi dei contratti commerciali in Europa v., *ex multis*, F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, cit., 288 ss.

(179) Sul punto v., in particolare, S. Patti, *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 135 ss.

(180) Sulla pluralità dei procedimenti di formazione del contratto e sulla vetustà del modulo «scambio tra proposta e accettazione», cfr. la nota e risalente posizione di G. Gorla, *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, cit., 923 ss.; Id., *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, cit., 254 ss.; Id., *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 18 ss.; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 40 ss.; P. Spada, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento* in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 750 ss.; R. Sacco, *Il contratto*, cit., 37 ss.; A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale e formazione del contratto virtuale: annotazioni sull'art. 13 d.leg. 70/2003*, in *Dir. internet*, 2006, 78 ss.; Id., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, cit., 1 ss. e, più di recente, R. Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., 105 ss.

(181) Nel senso della necessaria confluenza della categoria dell'inesistenza giuridica in quella di nullità per mancanza di accordo, in ragione dell'irrelevanza pratica della autonoma configurabilità dell'inesistenza sul piano logico v. S. Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 293 ss., secondo il quale «la fondazione dell'inesistenza del contratto trova palmare giustificazione sul piano logico [...] La fondatezza del concetto astratto, tuttavia, cede decisamente il passo di fronte all'impossibilità di individuare una vicenda concreta suscettibile di favorire l'approdo della categoria nelle aule dei tribunali». In senso contrario e, dunque, per l'inesistenza del contratto, v. V. Roppo, *Il contratto*, cit., 95 s. e 744 s.

(182) A.M. Benedetti, *Offerta di variazione di tariffa di abbonamento telefonico, silenzio del cliente e mancato perfezionamento del contratto*, in *Contratti*, 2003, 439.

(183) E. Ferrero, «Dichiarazione espressa», «dichiarazione tacita» e autonomia privata, cit., 181 s.