

## CAPITOLO PRIMO

# L'ILLICEITÀ CONTRATTUALE NEL DIRITTO POSITIVO ITALIANO

SOMMARIO: Sez. I. *L'illiceità contrattuale nel codice civile del '42.* – 1. Premesse: il contratto illecito come abuso e/o come disfunzione della libertà contrattuale. Identità della tecnica di individuazione del contratto proibito nelle principali famiglie degli ordinamenti giuridici contemporanei. Diversità di modelli sul piano della disciplina di diritto positivo. – 2. Origini del modello italiano di illiceità contrattuale: la disciplina del codice civile del 1865 e la “teoria del negozio illecito” nell’opera di Francesco Ferrara. – 3. (*Segue*): l’illiceità contrattuale nel codice del ’42. Il dato di diritto positivo. Peculiarità e caratteristiche. – 4. Considerazioni generali e prospettive di indagine. Statualismo e dirigismo nel complessivo assetto patrimonialistico del codice del ’42. Criteri di determinazione della illiceità: centralità della nozione di causa. Raccordo tra cause di nullità del contratto ed illiceità contrattuale. – 5. I problemi teorici: i presupposti, i parametri di valutazione, il rapporto tra illiceità e patologia contrattuale. – Sez. II. *La distinzione tra illegalità ed illiceità nella giurisprudenza e nella elaborazione teorica.* – 6. Illiceità e illegalità: l’utilizzazione della distinzione nel repertorio giurisprudenziale. – 7. (*Segue*): nella dottrina. Le diverse tesi a confronto. – 8. Prime conclusioni.

### SEZ. I. L'ILLICEITÀ CONTRATTUALE NEL CODICE CIVILE DEL '42

1. *Premesse: il contratto illecito come abuso e/o come disfunzione della libertà contrattuale. Identità della tecnica di individuazione del contratto proibito nelle principali famiglie degli ordinamenti giuridici contemporanei. Diversità di modelli sul piano della disciplina di diritto positivo*

Con il sintagma ‘contratto illecito’, si intende far riferimento a quelle ipotesi contrattuali in cui il programma pratico di interessi enunciato dai

privati, ovvero le corrispondenti regole d'azione previste dalle parti al fine di dare ad esso realizzazione<sup>1</sup> appare contrario al sistema di valori di cui un determinato ordinamento giuridico in un certo momento storico assume il riconoscimento e la tutela<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Mentre è stato evidenziato e ribadito anche di recente come gli atti negoziali, di cui il contratto costituisce nell'ambito dei rapporti patrimoniali la figura di spicco, possano farsi rientrare nella categoria degli atti programmatici (e cioè di quei comportamenti "che si esauriscono nell'evidenziare l'interesse e nel prospettare il programma realizzato": così A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 34, ed ora *Atto reale e negozio giuridico*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 774), si è pure puntualizzato che ««negozio» è la complessiva operazione risultante dalla confluenza di tre distinti ma concorrenti elementi: un interesse a rilevanza inattuosa, un programma pratico di azioni dirette alla sua realizzazione, una situazione finale rappresentata da corrispondenti effetti intesi a procurare l'attuazione giuridica dell'interesse» (V. SCALISI, *La teoria*, in ID., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 62).

<sup>2</sup> In questo senso ad es. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2ª ed., 2002, p. 282, secondo il quale "il concetto di illiceità esprime una contraddizione del contratto all'ordinamento giuridico" e nel suo insieme la formula legislativa, *quella della contrarietà della causa, dell'oggetto e dei motivi a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume*, "esprime l'esigenza di difesa dei valori fondamentali della società: di difesa sia dei valori di natura collettiva, che attengono cioè alla pacifica e civile convivenza fra gli uomini e al loro progresso economico e sociale, sia di irrinunciabili valori di natura individuale, relativi alla libertà, alla dignità, alla sicurezza dei singoli"; e già F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, t. II, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1972, p. 230, secondo cui è illecito il contratto che non è conforme "a certi principi che concorrono a costituire la sostanza dell'ordinamento".

Sempre in tale prospettiva è, altresì, emblematica del repertorio giurisprudenziale Cass., 28 gennaio 1983, n. 808, (riportata per esteso da I. BUGANI, *La nullità del contratto*, Padova, 1990, p. 300) che ha modo di precisare come, anche in presenza di uno schema tipico, il contratto va qualificato in termini di illiceità quando le parti "abbiano direttamente perseguito uno scopo contrario ai principi giuridici ed etici fondamentali dell'ordinamento". Si tratta di formula ricorrente: così anche Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1613, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1420 ss., in motivazione, al fine di escludere la qualifica in termini di illiceità del contratto concluso dall'agente privo di iscrizione nel relativo albo, nonché Consiglio Stato, sez. V, 15 novembre 1999, n. 1904, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1864, al fine di identificare il concetto di illiceità della causa o dell'oggetto nel rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 2126, 1° comma, c.c.; nonché Cass., Sez. Un., 12 novembre 1983, n. 6729; Cass., 28 aprile 1999, n. 4228, in *Vita not.*, 1999, p. 803; Cass., 7 marzo 2001, n. 3272.

Su un piano teorico-generale, inoltre, come è stato autorevolmente sottolineato, l'autonomia individuale quando si pone all'interno del sistema culturale del diritto incontra il limite dell'eteronomia socio-giuridica e, conseguentemente se "gli interessi che muovono il soggetto a programmare la realizzazione sono tra quelli che per la loro incidenza sulla vita sociale vengono dalla società sottoposti al controllo del sistema normativo del diritto, essi automati-

La formula accosta due termini – quello di contratto e quello di illecito – che si collocano su versanti diversi, se non addirittura antitetici, dell'esperienza giuridica privatistica.

Il contratto, infatti, è espressione della autonomia privata e cioè di un principio diffuso e pervasivo dell'ordinamento privatistico<sup>3</sup> che, come è noto, gode attualmente di rinnovata attenzione ed esaltazione<sup>4</sup>, e che va

---

camente e necessariamente sono attratti nell'orbita degli interessi giuridici: in positivo se si tratta di interessi compatibili con gli interessi individuali e con gli interessi comuni, in negativo se il rapporto tra le due sfere di interessi è di incompatibilità – in questa seconda ipotesi si è pur sempre in presenza di un negozio giuridico anche se illecito” (A. FALZEA, *Atto reale e negozio giuridico*, cit., p. 788).

<sup>3</sup> Sulla centralità della nozione è sufficiente richiamare le considerazioni di R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 910, secondo cui il diritto civile, alla luce delle sue fonti, della sua storia, delle norme costituzionali e della sua evoluzione, ha nell'autonomia privata il suo principio essenziale; in tale prospettiva, ma estremamente indicative per il particolare momento storico-politico in cui vengono pronunciate ci sembrano anche le notazioni contenute nell'intervento di S. RODOTÀ, *Tipologia della programmazione*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica I*, Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata, 22-24 maggio 1970, Milano, 1971, pp. 57-72; mentre per la caratterizzazione indicata nel testo: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 42; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1969, p. 272; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 209; V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. La teoria*, cit., p. 23.

La presenza dell'autonomia in qualsiasi tipo di ordinamento giuridico è evidenziata da R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517, mentre di “un concetto del diritto privato così fondamentale da esser preceduto, in ordine di importanza, solo da quello di ordinamento giuridico” parla S. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, p. 3.

Gli svariati significati dell'espressione non riconducibili “ad un centro sistematico-concettuale” e le difficoltà sul piano della teoria generale di ricondurre le diverse problematiche che fanno capo all'autonomia ad “un problema centrale”, sono state lucidamente illustrate da S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 366-369, da cui sono tratte le frasi riportate tra virgolette (pp. 366-367).

<sup>4</sup> Estremamente indicativa di tale tendenza la rassegna di A. SOMMA, *Autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, pp. 597-629. Dello stesso autore vedi anche le riflessioni svolte prendendo spunto dal lavoro di Giuseppe Grisi, “decisamente critico verso la mistica del mercato” (G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999) in *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 263-308.

Sul movimento pendolare (*Swinging Pendulum*) del principio di libertà contrattuale, messo in rilievo dalla dottrina anglosassone (il riferimento è a *The rise and fall of Freedom of contract*, Oxford-New York, 1979, di P.S. ATIYAH), vedi le acute riflessioni di A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 5-35, il quale evidenzia, come “ad una fase «alta» di esso, da collocare nella seconda metà dell'Ottocento, doveva subentrare, un secolo dopo e cioè attorno al 1970, una fase di segno opposto, caratterizzata da indirizzi

espandendosi anche verso settori dell'ordinamento tradizionalmente estranei, nei paesi di diritto continentale, alla utilizzazione di moduli privatistici nella gestione degli interessi in campo<sup>5</sup>.

Il contratto, inoltre, costituisce, nelle varie dimensioni in cui lecitamente opera, strumento di promozione della libertà dei consociati di cui si presta a programmare su base consensuale la realizzazione di interessi e bisogni<sup>6</sup>.

L'illecito, viceversa, negli svariati contesti e nelle diverse angolazioni da cui può essere preso in considerazione, rappresenta, in ogni caso, una forma di qualificazione negativa dell'azione umana che, in quanto contraria all'ordine giuridico, esige la predisposizione di mezzi di prevenzione

---

più o meno 'paternalistici' o comunque ispirati al pubblico interesse, destinati ad incidere pesantemente sulla libertà contrattuale. Il pendolo tornerà a muoversi in senso favorevole alla libertà contrattuale, solo a partire dagli anni 80, nel clima del rinnovato thatcherismo e ciò all'insegna della politica della «nuova destra» (pp. 8-9). Sulle cause del rilancio dell'autonomia e del contratto visto "quale principale strumento della innovazione giuridica" nell'attuale momento storico vedi anche: F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, pp. 189-205 e L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *B.B.T.C.*, 1997, I, pp. 1-20, nonché, con più specifico riferimento alla nuova normativa di derivazione comunitaria sulla disciplina dei contratti, ID., *Problemi di integrazione della disciplina dei contratti del consumatore nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998, pp. 535-548.

<sup>5</sup> La caratterizzazione in termini di *pancontrattualismo* dell'epoca contemporanea è di F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, pp. 919-929, che evidenzia la penetrazione del contratto in settori, come quello del diritto amministrativo e del diritto penale, tradizionalmente contrassegnati nel nostro ordinamento dal principio di autorità. Il diverso modo di concepire la giuridicità nei paesi di *common law* e la risalente presenza negli Stati Uniti di procedure di partecipazione dei privati persino nelle forme più tipiche di diritto pubblico, come il diritto penale e il diritto amministrativo, è sottolineato da M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 29, che, mentre ne analizza le cause, segnala anche una sostanziale americanizzazione delle istituzioni derivante dal processo di globalizzazione in corso. La stessa autrice evidenzia, inoltre, come "tra le istituzioni giuridiche candidate a svolgere un ruolo sempre più penetrante nel mondo globalizzato vi è anche il contratto". Quest'ultimo "rimpiazza la proprietà come istituzione giuridica della vita economica, portando ad uno stadio mai realizzato prima la transizione *from status to contract*. Esso ha infatti delle virtù del tutto congrue rispetto alle esigenze di mobilità, privatizzazione ed informalità del mondo globale" (EAD., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, p. 82).

<sup>6</sup> Sebbene con più generale riferimento alla negoziabilità, ed al tipo di efficacia che la connota, V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. La teoria*, cit., p. 69, rileva come il negozio concorrendo "alla strategia del cambiamento" "è strumento di partecipazione dell'uomo alle trasformazioni del mondo reale", e in quanto tale, "va difeso quale espressione di libertà e possibile mezzo di esplicazione della stessa persona umana".

e di strumenti di riparazione degli interessi e dei valori incisi dallo stesso<sup>7</sup>.

Su un piano logico-formale, quindi, il contratto illecito, come la dottrina non ha mancato di evidenziare, consiste in una disfunzione, in un abuso della libertà contrattuale, e segna l'oltrepassamento di quel limite che ai privati non è consentito superare se non a costo di uscire dai confini della giuridicità<sup>8</sup>.

D'altro canto su un piano sostanziale o assiologico pratico, la identificazione della illiceità contrattuale non costituisce nel campo del diritto

<sup>7</sup> La difficoltà di una adeguata messa a punto della figura dell'illecito nel campo del diritto, al di là della accezione comune alle diverse categorie – morale, religioso, sociale, giuridico – in forza della quale l'idea dell'illecito viene riferito “a qualsiasi fatto che costituisce la trasgressione ad una regola, e diviene così l'oggetto da parte sua di un giudizio di riprovazione, e correlativamente di una reazione adeguata”, è segnalata da R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 164-165; con specifico riferimento alla illiceità contrattuale, in particolare, è stato perspicuamente rilevato che “come dimostra la disciplina positiva delle singole ipotesi di illiceità (illiceità della causa, dei motivi, dell'oggetto, della condizione: artt. 1343, 1345, 1346, 1354 c.c.) la stessa non è in funzione di un assetto di interessi illecito già realizzato, ma della sua stessa enunciazione o prospettazione programmatica. Ed invero la reazione dell'ordine giuridico non è nel senso della rimozione di una attuazione già consumata, bensì del disconoscimento (nullità) di un regolamento al quale non viene dato ingresso nell'ordinamento e conseguentemente negati gli effetti e ciò proprio al fine di impedire che il programmato assetto illecito possa trovare attuazione” (V. SCALISI, *op. cit.*, p. 50); analogamente le peculiarità dell'illiceità riferita al negozio è sottolineata anche da P. RESCIGNO, *Atto giuridico I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 2, *ad vocem*, secondo cui “la contrarietà della materia o degli scopi del regolamento negoziale alla legge, o ai principi di ordine pubblico o della morale (in ciò consistendo la illiceità negoziale: v. l'art. 1343) determina come reazione del sistema, il rifiuto degli effetti attraverso la sanzione della nullità”.

<sup>8</sup> Possono essere ricordate le parole dell'autore che per primo in Italia sotto il vigore del codice del 1865 procede ad una compiuta ed esaustiva sistemazione dell'illiceità contrattuale utilizzando la categoria negoziale: F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, p. 3, che proprio nell'esordio dell'indagine afferma: “il negozio illecito è l'abuso della libertà contrattuale; è la ribellione dell'attività privata contro la volontà immutabile ed imperativa della legge”. Si tratta comunque, al di là delle diverse ricostruzioni della illiceità, di *communis opinio* nella letteratura sul tema, v. *ex multis* M. NUZZO, *Negozio giuridico*, IV, *Negozio illecito*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 2, *ad vocem*.

Di recente si interroga sulla utilità pratica e teorica della categoria del “contratto abusivo” R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto Privato*, III, *L'abuso del diritto*, 1997, p. 220, per rispondere che “chi cerca il contratto abusivo, trova, in realtà, il contratto illecito. La figura dell'abuso non dà aiuto”. E, più in generale, ID., *L'abuso del diritto*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, pp. 309-373.

civile<sup>9</sup> qualcosa di già del tutto predeterminato, ma è anche il risultato di un'opera di elaborazione, in cui concorrono gli usuali protagonisti del diritto (il legislatore, il giudice, la dottrina, gli operatori pratici, i consociati)<sup>10</sup> e che ha come sfondo e come condizionamento il particolare contesto storico in cui si svolge il rapporto tra i privati e l'ordinamento, in quella particolare dialettica tra autorità e libertà che contrassegna la realtà di qualsiasi ordinamento giuridico di diritto positivo<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Come sottolinea F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 283, mentre "l'espressa formulazione legislativa di un divieto non è necessaria perché il giudice possa considerare illecito un contratto: è necessaria in sede penale per l'applicazione di una pena" (in quella sede vale il principio, espresso dall'art. 25, 2° comma, Cost. e dall'art. 14 delle preleggi, secondo il quale le leggi penali si applicano solo ai casi in esse previsti).

<sup>10</sup> A. FALZEA, *Giuristi e legislatori (considerazioni metodologiche)*, in *Giuristi e legislatori*, Atti dell'Incontro di Studio – Firenze, 26-28 settembre 1996, a cura di Paolo Grossi, Milano, 1997, p. 511, chiarisce come "del giurista si può dare una accezione ristretta e una più larga. Nel primo senso è giurista solo il cultore della scienza giuridica, lo scienziato del diritto. Nel secondo deve intendersi per giurista chi opera istituzionalmente col diritto. Le due accezioni muovono da un dato comune: tanto lo scienziato quanto l'operatore svolgono il loro compito sul diritto positivo e in questo compito si collocano nella posizione di interpreti del sistema normativo; si distinguono poi in ciò che lo scienziato è un puro ermeneuta interpreta per conoscere e rappresentare – laddove l'operatore interpreta e applica – anzi interpreta per applicare. Il quadro non sarebbe completo se non si tenesse conto del fatto che anche il legislatore opera con il diritto e si presenta, per questo aspetto come un operatore giuridico; e che opera con il diritto anche il destinatario comune delle norme legislative in quanto chiamato ad applicare le leggi nel suo vivere quotidiano". E puntualizza che "le distinzioni, tra produzione e applicazione e tra conoscenza scientifica e conoscenza pratica, sono in linea di principio così radicali da presentarsi come contrapposizioni. In concreto, invece, esse tendono a sfumare e i termini del confronto a sovrapporsi fino ad identificarsi".

In questo stesso ordine di idee parla del sistema di diritto come di "un'opera collettiva alla quale tutti collaborano" T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 104.

<sup>11</sup> L'esigenza di affrontare le problematiche dell'autonomia privata con riferimento ai concetti di autorità e libertà è evidenziata da S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, cit., pp. 366-369.

Come rileva P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 230, "l'operatività dell'autonomia privata, dunque, si svolge necessariamente in una dialettica costante tra il piano della «libertà» – segnata dal potere dei paciscenti di 'liberamente determinare il contenuto del contratto' (art. 1322, 1° comma, c.c.) di autoregolamentare i propri interessi – e quello della «autorità», continuamente tesa a fissare i limiti (anche qui cfr. l'art. 1322, 1° comma, c.c.) entro i quali i patti dei privati sono ammessi a generare *actiones* dinanzi ai tribunali dello Stato".

Sottolinea come si ripropone, anche "attraverso la teoria del negozio, il vecchio e grave problema del rapporto tra stato e cittadino; tra autorità e libertà", G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 361; nonché, assai significativamente si afferma (F.

Non è un caso, quindi, che l'individuazione della illiceità contrattuale non venga fissata una volta per tutte, ma ricavata invece, tanto negli ordinamenti di *civil law* quanto in quelli di *common law*, facendo riferimento a “concetti latî, comprensivi generici che si piegano ad innumerevoli applicazioni”<sup>12</sup>.

Gli studi di diritto comparato, inoltre, attestano la presenza – tanto nell'ambiente giuridico anglo americano, o di *common law*, quanto in quello di derivazione romanistica, o di *civil law* –, di regole la cui concretizzazione è affidata al giudice, e il cui compito è quello di limitare in vario modo il campo di azione consentito al principio di libertà contrattuale<sup>13</sup>.

“Pur nella indiscussa vigenza del principio di autonomia contrattuale, infatti, nessun ordinamento giuridico può ritenere valido un contratto che violi la legge, il buon costume o la ‘public policy’ o sia ‘contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public’ ”<sup>14</sup>.

Sebbene, inoltre, tutte le grandi codificazioni dell'Europa continentale affrontino il problema della illiceità contrattuale prevedendo regole generali che, a loro volta, rinviano ad altri divieti ed alla nozione di buon costume e/o di ordine pubblico<sup>15</sup> e quantunque in tutti i sistemi un compito

---

GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 188) che “il problema dell'autonomia privata finisce infatti per confondersi, al livello del diritto privato, col più generale problema dei rapporti tra Stato e cittadini, della dialettica autorità-libertà, esso è, in sostanza, un problema sociale e politico, più ancora che giuridico”.

<sup>12</sup> Così F. FERRARA, *op. cit.*, p. 5, che, con riferimento al codice del 1865, al fine di spiegare la ragione per cui, p. 4, “accanto ai singoli divieti che trovansi sparsi nei codici, la legge ha posto anche una disposizione generica proibitiva (che non perciò perde il carattere della singolarità) con la quale ha una volta *tantum* e per tutti i casi proibito tutte le convenzioni che hanno un contenuto contrario ai buoni costumi e all'ordine pubblico (1119, 1122 c.c.)”.

Fondamentalmente in questo senso confrontando l'art. 1122 del codice del 1865 con l'attuale art. 1343 c.c., G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 130, rileva come “pur nella identità della formulazione, le norme possono avere una portata sostanzialmente diversa, a seconda che si inseriscano in un sistema ispirato a principi essenzialmente-individualistici, come è il codice civile del 1865, o invece in un sistema, come è indubbiamente quello attuale, improntato a concezioni spiccatamente sociali” e sottolinea come “i concetti di ordine pubblico e di buon costume non sono fissi e immutabili, ma necessariamente variano con il fluire della storia e con il progredire della società e danno una sostanza nuova alla formula, pur rimanendo questa essenzialmente la stessa”.

<sup>13</sup> V. per tutti K. ZWIEGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, Milano, 1995, pp. 77-88.

<sup>14</sup> Così H. KÖTZ, *La invalidità dei contratti per contrarietà alla legge e al buon costume. Appunti di diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 675.

<sup>15</sup> In questo senso, K. ZWIEGERT-H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 80, nonché, sulle disposizioni relati-

fondamentale nella identificazione della fattispecie contrattuale illecita, anche alla luce delle circostanze del caso concreto, è svolto dalla giurisprudenza, si riscontrano nei diversi ordinamenti, pur nella ricorrenza di specifici gruppi di casi costruiti sulla base delle esperienze ricorrenti nelle corti dei vari paesi<sup>16</sup>, modelli e discipline differenziate<sup>17</sup>.

Appare opportuno, dunque, date le finalità della presente indagine che ha ad oggetto l'illiceità contrattuale con precipuo riferimento al diritto interno, soffermarsi preliminarmente sulle peculiarità del modello di diritto positivo italiano e sulle principali problematiche che emergono dallo stesso<sup>18</sup>.

---

ve al tema in oggetto presenti nei vari codici europei, H. KÖTZ, *La invalidità dei contratti per contrarietà alla legge e al buon costume. Appunti di diritto comparato*, cit., p. 675.

Una delle differenze, in apparenza più vistose, e cioè quella tra il modello dell'area dei paesi latini che segue la tripartizione del *code Napoléon*, leggi, buon costume e ordine pubblico e quello dell'area tedesca che rimane ancorata al modello bipartito leggi-buon costume risalente all'*usus modernus pandectarum* è ritenuta "molto meno significativa di quanto non appaia a prima vista" da A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974, p. 147.

<sup>16</sup> V. in questo senso l'analisi comparatistica di H. Kötz, *op. cit.*, p. 676, condotta con riferimento a tre tipici gruppi di casi: contratti "che violano precetti generalmente riconosciuti in materia di vita familiare e morale sessuale"; casi in cui "viene limitata in modo inammissibile la libertà di decisione personale ed economica"; contratti "la cui conclusione o esecuzione sia in conflitto con disposizioni normative".

<sup>17</sup> Per una prima informazione, inoltre, sulle peculiarità del modello di *common law*, vedi: P.S. ATIYAH, *The law of contract*, Third Edition, Oxford, 1981, pp. 253-264, e nella letteratura italiana V. TEDESCHI, *Cenni sul contratto "illegal" nel diritto inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, pp. 151-159; G. ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1987, pp. 69-73; G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, 2<sup>a</sup> ed., pp. 288-301; nonché, con particolare riferimento alla nozione anglosassone di *severance* (forma di recupero parziale del contratto), G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988, pp. 333-352.

<sup>18</sup> Secondo G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 2, nt. 1-bis, sebbene nei diversi ordinamenti giuridici sia dato riscontrare l'esistenza di clausole generali alla cui stregua valutare l'agire autonomo dei privati (le *gute Sitten* del diritto tedesco, la *public policy* del diritto anglosassone, l'*ordre public* e le *moeurs* del diritto svizzero, l'*ordre public* e le *bonnes moeurs* del diritto francese) "se pure si può riscontrare una corrispondenza di funzioni, tra queste diverse formule, esse assumono (anche quando le formule usate siano esattamente le stesse) un contenuto e un significato proprio e diverso, in ciascun ordinamento".

V., inoltre, con specifico riferimento alla utilizzazione del concetto di ordine pubblico nell'esperienza francese, italiana, e, pur nel silenzio dei testi, nei paesi di lingua tedesca l'indagine compiuta da A. GUARNERI, *op. cit.*, *passim*, nonché più di recente, ID., *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, pp. 154-170.



## 2. *Origini del modello italiano di illiceità contrattuale: la disciplina del codice civile del 1865 e la “teoria del negozio illecito” nell’opera di Francesco Ferrara*

Il codice civile del 1942, a differenza del codice civile italiano del 1865, regola diffusamente l’illiceità contrattuale.

A prescindere da qualsiasi valutazione di merito è, comunque, un dato indiscusso che con l’attuale codice civile venga inaugurato un *modello italiano in tema di autonomia privata* “rispetto ai più noti modelli europei, il code Napoléon e il BGB”<sup>19</sup>. Come è stato autorevolmente sottolineato, infatti, il “codice italiano del 1942 è un prodotto del ceto professionale dei giuristi, e dunque un fatto eminentemente culturale e tecnico”. In particolare “nel libro quarto si fondono con una sistematica e un linguaggio originale, i due filoni della nostra tradizione giuridica, il filone del diritto romano comune, filtrato da una rielaborazione concettuale improntata dalla scuola pandettistica, e il filone del diritto francese, filtrato dal codice del 1865”<sup>20</sup>.

Tali peculiarità del modello italiano<sup>21</sup> si possono riscontrare in modo assai evidente nella disciplina della illiceità contrattuale contenuta nel codice del 1942<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Così G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 682, e nt. 110, dove vengono anche riportate le suggestive affermazioni di Cimbali (tratte da *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Roma, 1881), che invita gli studiosi Italiani a lavorare attivamente ad “una vera e durevole sistemazione del Diritto civile” secondo “il nostro spirito nazionale”, diverso da quello tedesco (astratto) e da quello francese (ancorato al fatto).

<sup>20</sup> L. MENGONI, *Le obbligazioni*, in *I cinquant’anni del codice civile*, Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992, vol. I, Milano, 1993, p. 239, da cui sono tratte le parole riportate tra virgolette nel testo.

<sup>21</sup> E. JAYME, *Sull’identità culturale del sistema giuridico italiano in un’Europa unita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 635-642, ad es., nello svolgere una serie di osservazioni sul saggio di G. ALPA, *La cultura delle regole*, Bari, 2000, mentre sottolinea la particolare importanza che può assumere il diritto civile “in una costituzione europea, la quale garantisce le libertà fondamentali in uno spazio economico”, ritiene che “il diritto italiano abbia maggiore facilità di adattamento al diritto del mercato rispetto ad altri ordinamenti giuridici, ad esempio quello tedesco”, p. 637.

<sup>22</sup> La esiguità degli studi di storia del diritto successivi alla codificazione del 1865 e la mancanza, in special modo, di specifiche indagini storiografiche sui lavori preparatori al codice civile del 1942 è stata segnalata da R. BONINI, *Dal codice del 1865 al codice del 1942*, in *I cinquant’anni del codice civile*, cit., p. 28. Di recente, però, vedi l’ampio e documentato saggio di N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003.

Nella stessa, infatti, possono essere evidenziate quattro componenti fondamentali:

a) la tradizione francese che si riflette nella scelta di disciplinare il contratto, e non il negozio<sup>23</sup>, e nell'adozione del principio consensual-causalistico quale strumento di governo ed anche di controllo (artt. 1343-1345 c.c.) della circolazione dei beni; b) l'influenza determinante della pandettistica tedesca e della disciplina contenuta nei titoli I e II della Parte III (*Rechtsgeschäft*), del Libro I (*Allgemeiner Teil*) del BGB (§§ 104-115, 116-144), nella normativa sulla patologia negoziale; c) l'ideologia corporativa, che ben si coglie nei limiti all'autonomia contrattuale derivanti dalle norme corporative previste nella formulazione originaria del primo comma dell'art. 1322 c.c., nel controllo di meritevolezza sull'autonomia contrattuale di cui al secondo comma, sempre di tale norma, nonché nell'ordine corporativo quale parte integrante dell'ordine pubblico, siccome disponeva il secondo comma dell'art. 31 disp. prel.<sup>24</sup>; d) ed infine la elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sull'illiceità contrattuale che, vigente il codice del 1865, si era formata e consolidata quando il nuovo codice viene emanato.

Rinviando all'immediato prosieguo dell'indagine lo svolgimento dei singoli profili segnalati è proprio da quest'ultimo aspetto che ci sembra opportuno, sia pure in maniera molto succinta, cominciare.

Non c'è dubbio che i compilatori del codice abbiano risentito nel dettare le regole sull'illiceità contrattuale, in modo determinante, anche di quella che era stata nella vigenza del codice del 1865 la elaborazione più compiuta ed articolata della materia e cioè la imponente sistemazione concettuale attuata da Francesco Ferrara<sup>25</sup> ai primi del novecento con

---

<sup>23</sup> Sul punto così la Relazione al cod. civ. (n. 604): “nella redazione del nuovo codice in conformità della nostra tradizione giuridica, non si sono dettate norme per disciplinare il negozio giuridico; invece si è regolato quel negozio giuridico, centro della vita degli affari, che si chiama contratto e con una disposizione generale (art. 1324), si sono dichiarate applicabili le norme dettate per i contratti agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale”. Sulle ragioni sostanziali di tale scelta (al di là degli opposti punti di vista di F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 24-27 e di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, pp. 75-125) vedi V. SCALISI, *La teoria*, cit., pp. 7-10.

<sup>24</sup> Ritene, quello dei rapporti tra codice civile e regime fascista, “un campo di ricerca ancora non sufficientemente esplorato in tutte le sue sfaccettature, ancora in parte nascosto da un «banco di nebbia»”, P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico su rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, Quaderni Fiorentini, 28, 1999, t. I, p. 178.

<sup>25</sup> Su Francesco Ferrara vedi: A. DE NITTO, voce «Ferrara Francesco», in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, 1996, pp. 484-487, dove apprendiamo che, nato ad Avola (Sira-

un'opera che ancora oggi costituisce un punto di riferimento imprescindibile nella tematica in oggetto: la "Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano" del 1902, che avrà una seconda, quasi inalterata, edizione nel 1914.

Com'è noto il codice civile del 1865, quasi una traduzione letterale del codice napoleonico<sup>26</sup>, si occupava "delle obbligazioni e dei contratti in

---

cosa) il 21 gennaio 1877, si iscrive alla facoltà giuridica di Catania per poi trasferirsi a quella di Messina dove si laurea "con lode nel 1899 discutendo una tesi, ritenuta degna di stampa, sulla simulazione dei negozi assegnatagli da G. Venezian". Il suo avviarsi alla carriera degli studi avviene con la partecipazione ad un concorso per posti di perfezionamento all'estero per il 1900-01 (diritto civile e romano). Allo stesso concorso parteciperà anche l'anno successivo "ottenendo *ex aequo*, il secondo posto e la conferma di un giudizio lusinghiero (nonostante la «scelta di temi così generali»), specialmente riguardo allo studio sul negozio illecito".

Sulla personalità scientifica di Ferrara si è soffermato anche, N. IRTI, *Diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 138, ad avviso del quale il *Trattato di diritto civile*, I, *Dottrine generali*, Roma, 1921, del Ferrara "raccolge e discerne i concetti costruiti nel trentennio della scuola sistematica", nonché ID., *Problemi di metodo nel pensiero di Francesco Ferrara*, nella raccolta di saggi dello stesso A., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, pp. 57-69; vanno ricordate inoltre le commemorazioni svolte da: F. SANTORO PASSARELLI, *Francesco Ferrara*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, pp. 166-167, secondo cui Ferrara rappresenta una fase della nostra letteratura giuridica "in cui si determinò un rinnovamento della nostra dottrina, che riuscì allora e solo allora davvero, a rendersi indipendente dai modelli stranieri, così dal vecchio modello francese, come pure, malgrado le contrarie apparenze, dal recente modello germanico"; di C. FUNAIOLI, *L'opera e la personalità scientifica di Francesco Ferrara*, in *Arch. Giur.*, 1943, I, pp. 134-146; e di L. MOSSA, *Francesco Ferrara*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, pp. 62-64, secondo cui "la *Teoria del negozio illecito* venne ben presto ad agitare problemi di morale e di diritto che caratterizzano il principio del secolo, a scrutare il mistico problema della causa, ragione secolare della virtù giuridica della volontà privata" pp. 62-63.

Molto significativamente, inoltre, sempre F. SANTORO PASSARELLI, *Elogio di Filippo Vassalli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 765 ss. ed ora in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 94, nel commentare la produzione scientifica di Filippo Vassalli, scrive: "vista nel suo insieme, ci suggerisce l'immagine del sereno e trasparente fiume, come quella dei civilisti più significativi suoi contemporanei e prima di lui deceduti ci suggerisce l'immagine dell'impetuoso e tumultuoso torrente per Francesco Ferrara e quella del rivo montano che scende sottile dalle vette per Giuseppe Messina".

Secondo P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1896-1950*, Milano, 2000, p. 76, Ferrara insieme a Giuseppe Messina, fu uno dei cultori del diritto civile che più lasciò traccia di sé nella storia letteraria del Novecento.

<sup>26</sup> La sostanziale coincidenza di impianto ed anche la traduzione quasi letterale del codice napoleonico da parte del codice civile italiano del 1865 costituisce un dato di fatto ed è una notazione diffusa nella letteratura sulla codificazione. In questo senso vedi, tra i molti, G. CIAN, *Presentazione*, in *Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia (1806)*, Riedizione anastatica dell'originale a cura e con presentazione di Giorgio Cian, Padova, 1989, VIII.

Per alcune significative differenze cfr., comunque, in generale, D. CORRADINI, *Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di Stefa-

genere” nel titolo IV del libro terzo relativo ai “modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose”.

In tale contesto alla illiceità contrattuale facevano espresso riferimento solo poche disposizioni.

Mentre l’art. 1104, infatti, indicava tra i requisiti essenziali per la validità dei contratti “la capacità di contrattare, il consenso valido dei contraenti, un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione ed una causa lecita per obbligarsi”, l’art. 1119 stabiliva che “l’obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa o illecita, non può avere alcun effetto”, e l’art. 1122, aveva cura di specificare che “la causa è illecita quando è contraria alla legge, al buon costume o all’ordine pubblico”.

Sulla base di questa scarna disciplina, Ferrara – muovendo dall’idea del negozio illecito come “abuso della libertà contrattuale”, come “ribellione dell’attività privata contro la volontà immutabile ed imperativa della legge”<sup>27</sup> – costruisce, per riportarla ad una serie di regole e principi tendenzialmente unitari, la categoria della *illiceità negoziale*.

Il saggio di Ferrara si nutre della copiosa casistica giurisprudenziale italiana, di una grande padronanza della dottrina straniera, francese e tedesca in specie, di una imponente indagine storica che affonda le sue radici nelle tradizionali fonti romanistiche e nel diritto comune.

Già nel 1902, a pochi anni dalla sua entrata in vigore, l’autore dimostra di maneggiare agevolmente il B.G.B. e di avere una buona conoscenza anche della casistica giurisprudenziale straniera in materia di illiceità contrattuale.

Ferrara articola il suo lavoro, che – come si è già sottolineato – costituisce, per il diritto italiano la prima vera e propria sistemazione teorica e pratica della illiceità negoziale, in tre capitoli: nel primo, dedicato al concetto di negozio illecito, ne individua per così dire le fonti e cioè le leggi proibitive di interesse generale, il buon costume e l’ordine pubblico e da queste deriva la nota tripartizione tra negozi illegali, negozi immorali e negozi contrari all’ordine pubblico. Secondo l’autore, per dare una orga-

---

no Rodotà, Bologna, 1971, p. 58, nonché C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia*, 1865-1942, Bari, 1994, spec., pp. 92-112. Da ultimo sul codice del 1865 e sul suo rapporto coi codici preunitari, c.d. della restaurazione, da un lato e con il codice Napoleone dall’altro, vedi le concise ma preziose riflessioni di A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, pp. 504-509.

<sup>27</sup> F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 3.

nica trattazione alla materia, non è sufficiente esaminare le cause dell'illeceità, ma, al fine di "determinare sistematicamente la struttura del negozio illecito", è anche necessario individuare ed analizzare le c.d. *forme* dell'illeceità e cioè "i modi come il negozio può essere illecito"<sup>28</sup>.

Per fare ciò bisogna fare riferimento alla causa, all'oggetto, alla condizione o al modo poiché "la illeceità può cadere o nell'oggetto del negozio, o nella causa o in una determinazione particolare della dichiarazione di volontà".

Le prime due forme danno luogo rispettivamente al negozio obiettivamente illecito e causalmente illecito<sup>29</sup>.

Nel negozio obiettivamente illecito la illeceità sta nella sostanza del negozio. È questa "la forma principale in cui si manifesta la illeceità"<sup>30</sup>.

Causalmente illecito è invece quel negozio in sé lecito, ma che ha un fondamento riprovato. "Questa specie di negozio illecito non è quindi tale per sé medesimo, ma riceve la illeceità da un altro negozio, cui è legato e di cui presuppone l'esistenza"<sup>31</sup>.

Ferrara, quindi, dopo aver compiuto, nel capitolo secondo un ampio esame della casistica giurisprudenziale riportandola alla sistemazione individuata, si occupa, nel capitolo terzo, degli effetti del negozio illecito, vale a dire del trattamento e della disciplina.

L'impostazione teorica data da Ferrara alla materia (la tesi delle forme di illeceità in relazione agli elementi del contratto ad esempio), sarà in buona parte recepita dal codice del '42 e diverse tesi dell'autore diventeranno vere e proprie disposizioni normative nel codice del '42<sup>32</sup>. Altre influenzeranno in modo determinante anche l'elaborazione dottrinale della materia nel nuovo codice<sup>33</sup>.

Per l'Autore, la nullità del negozio illecito è assoluta e come tale: a) "sussiste prima ed indipendentemente da ogni impugnativa e deve pronunciarsi d'ufficio"; b) "chiunque abbia interesse, quindi, può far valere

<sup>28</sup> F. FERRARA, *op. cit.*, p. 70.

<sup>29</sup> F. FERRARA, *op. ult. loc. cit.*

<sup>30</sup> F. FERRARA, *op. cit.*, p. 73.

<sup>31</sup> F. FERRARA, *op. ult. loc. cit.*

<sup>32</sup> Si pensi alla nuova disciplina sull'oggetto del contratto, e sulla illeceità in tema di condizione, motivi, *modus*, ed alla disciplina di cui all'art. 2035 c.c.

<sup>33</sup> Si pensi ad es. ai rapporti tra reato e contratto o al principio in forza del quale nessuna delle parti del negozio illecito "può avanzare un diritto di risarcimento in confronto dell'altra" a causa della nullità del contratto illecito (F. FERRARA, *op. cit.*, p. 298).

questa nullità e togliere di mezzo quella larva di negozio che non ha esistenza giuridica”; c) il giudice “non pronuncia, ma dichiara la nullità, egli non fa che riconoscere, constatare uno stato di fatto già preesistente”<sup>34</sup>.

Di fronte al silenzio del codice del 1865 circa la sorte di quanto prestato per una causa turpe, Francesco Ferrara propende per la regola della irripetibilità, fondandola sull’analogia con l’art. 1804, ivi contenuto, relativo al debito di gioco. Ma, in ogni caso, volendo risolvere la lacuna e facendo applicazione dei principi generali del diritto, l’A. ritiene che la materia sia retta dal principio fondamentale secondo cui “nessuno si può poggiare sul proprio delitto per derivarne un’azione: il delitto può essere fonte di responsabilità per il delinquente, ma non titolo ad una pretesa giuridica”<sup>35</sup>.

### 3. (Segue): *l’illiceità contrattuale nel codice del ’42. Il dato di diritto positivo. Peculiarità e caratteristiche*

Come è stato affermato nell’attuale ordinamento giuridico italiano, l’illiceità contrattuale costituisce una categoria di diritto positivo<sup>36</sup>.

Il codice civile del 1942, infatti, regola il fenomeno della illiceità contrattuale, principalmente nella disciplina relativa alla c.d. parte generale

---

<sup>34</sup> F. FERRARA, *op. cit.*, p. 271. Per una sistemazione della materia con riferimento al solo oggetto del contratto vedi, invece, la casistica di un noto anticausalista (si tratterebbe del quarto lato del triangolo) come G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. III, 7<sup>a</sup> ed., Firenze, 1925, pp. 415-551.

<sup>35</sup> F. FERRARA, *op. cit.*, p. 293. Di contrario avviso è invece Nicola Coviello che contesta le argomentazioni di Ferrara (v. *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., 1924, Milano, Ristampa Esi, Napoli, 1992, p. 421, nt. 1), nonché R. DE RUGGIERO, *In pari causa turpitudinis melior condicio possidentis*, in *Dizionario pratico di diritto privato*, III, Milano, 1923, p. 672 ss.

Il codice del 1942, però, abbraccerà le idee di F. Ferrara laddove (come viene sottolineato da G.B. FERRI, *Buon costume, II) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1998, p. 3, *ad vocem*) la Relazione al codice civile (n. 790) afferma che il principio espresso nell’art. 2035 c.c. “ri-sponde alle finalità dell’ordinamento giuridico che non può dare tutela a chi non è degno”.

<sup>36</sup> “Attorno alla categoria del contratto illecito potranno sollevarsi molteplici dubbi e perplessità, ma non se ne può eliminare la consistenza perché è di stretto diritto positivo” (V. MARICONDA, *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale*, diretto da Guido Alpa e Mario Bessone, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Walter Bigiavi, IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, t. I, Torino, 1991, p. 381).

del contratto<sup>37</sup> e cioè, come è noto, nel titolo II (Dei contratti in generale – artt. 1321-1469 *sexies* – c.c.<sup>38</sup>) del libro quarto.

---

<sup>37</sup> Sulla rilevanza, la funzione e la perdurante attualità di tale normativa esistono in dottrina posizioni differenziate per le quali v. fin da ora G. DE NOVA, *Disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, pp. 321-337; P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina generale dei contratti*, *ibidem*, pp. 441-447; G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, *ibidem*, pp. 329-337; G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, *cit.*, pp. 646-686.

È ritornato di recente sul tema, sempre attuale anche alla luce delle recenti codificazioni private sul contratto in generale (Principi *Unidroit*, Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione LANDO, *Avant-projet del Code Europeen des Contrats* della Accademia dei Giusprivatisti europei), del rapporto tra “parte generale e discipline di settore”, evidenziando come la nuova architettura contrattuale sia divenuta anche in ragione dei nuovi interventi normativi, sia del legislatore interno che di quello comunitario (e dove “protagonista indiscussa (...) è l’impresa”), “indubbiamente più complessa” e come siano “più acuti i problemi di coordinamento e di integrazione tra disciplina «generale» e discipline «settoriali»”, G. D’AMICO, *La disciplina della vendita come «tipo generale» (Elogio della differenziazione)*, in F. MACARIO-M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, pp. 429-458, da cui sono tratte le frasi riportate tra virgolette (rispettivamente, p. 446 e p. 444).

<sup>38</sup> Con la novella avvenuta ad opera dell’art. 25 della l. 6 febbraio 1996, n. 52 (l. comunitaria per il 1994), alla parte generale, come è noto, è stato aggiunto il capo XIV-*bis* (artt. 1469 *bis* e 1469 *sexies*) intitolato “dei contratti del consumatore” dando così attuazione alla direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993.

Su tale normativa la letteratura è già imponente, ma in questa sede è sufficiente ricordare che, così come era stato previsto, l’innesto codicistico non si è lasciato “ridurre a diritto eccezionale, affidando la complessiva materia dei contratti all’antico regime del codice civile” e che “da questo corpo estraneo” sono partiti “impulsi di carattere sistematico, dapprima incerti, poi ambiziosi e prepotenti” che hanno ridisegnato “l’intera disciplina dei contratti” (così N. IRTI, *Iniziativa economica e concorrenza*, in *ID.*, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 4<sup>a</sup> ed., 2001, p. 100).

In questo senso v. le anche le considerazioni di F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 548, secondo cui la disciplina degli artt. 1469-*bis* ss. è “inquadabile come parte *speciale* della disciplina *generale* dei contratti” ed in particolare “l’art. 1469 *bis*, comma 1, che consente di demandare il giudizio sull’equità contrattuale all’operatività flessibile ma mai arbitraria di una clausola generale quale è la buona fede, sembra offrire il filo conduttore per una lettura coerente delle recenti leggi che, sia pure in modo disorganico e non privo di ambiguità, hanno aperto nuove prospettive rimediali a vicende contrattuali contrassegnate dalla comune esigenza di porre rimedio all’iniquità, e un tempo destinate ad essere irrigidite nelle maglie dello *ius strictum* presidiato dall’istituto codicistico dell’azione generale di rescissione per lesione *ultra dimidium*”.

Sempre prendendo spunto dalla nuova normativa sulle clausole abusive, quale “nucleo centrale dei contratti del consumatore” che “comprende anche numerose altre discipline di contorno, sia anteriori alla novella al codice, sia introdotte successivamente”, analizza l’am-