



L'autonomia privata tra legalità formale e giustizia sostanziale*



Francesco Ricci

SOMMARIO: **1.** L'equilibrio tra dimensione teoretica e pratica nel pensiero di Mario Nuzzo. – **2.** (i) Negozio illegale e negozio illecito. – **3.** (ii) L'operazione. – **4.** (iii) Dall'atto al potere: il contratto giusto tra autonomia ed eteronomia nel prisma della giustizia procedurale.

1. L'equilibrio tra dimensione teoretica e pratica nel pensiero di Mario Nuzzo

Ragionare di «autonomia privata tra legalità formale e giustizia sostanziale» in un'occasione che, per la felice idea della Prof.ssa Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez, vuole mettere in risalto la modernità della visione di Mario Nuzzo e la capacità di individuare tra i primi i «nuovi parametri di valutazione dell'autonomia privata» mi è parso un modo ideale per ricordare il grande merito che il Nostro ha avuto nello sviluppo della tendenza, ormai acquisita, a rifuggire gli astratti concettualismi e formalismi della dogmatica per distillare il vero senso degli istituti e delle disposizioni che regolano il diritto dei privati.

Mario Nuzzo ha infatti sempre insegnato che la dimensione pratica è il cardine di ogni ricostruzione teorica, indicando la via di un equilibrio tra dimensione teoretica e pratica, nel quale le novità fuori sistema non sono né svalutate per salvaguardare la perpetuazione degli impianti concettuali tradizionali, né valorizzate per sanzionarne la frantumazione. Il suo pensiero si caratterizza per un realismo razionale che non mira né alla conservazione, né alla rottura, ma all'evoluzione del sistema e continua quindi

* Lo scritto riproduce – con la sola eliminazione delle parole di circostanza – il contenuto dell'intervento da me svolto al Convegno su «I nuovi parametri di valutazione dell'autonomia privata: la moderna visione di Mario Nuzzo, giurista nel tempo» (Napoli, 30 settembre 2023).

ad avere il sistema come orizzonte e come traguardo, ma un sistema che si vuole sempre aggiornato e attuale.

In questo senso nella prolusione tenuta il 18 dicembre 1987¹ (ora inserita anche a chiusura del volume postumo del 2021 sull'autonomia contrattuale) si legge che: a) da una parte, la realtà dell'ordinamento non va «individuata nell'astratta geometria dei concetti, alla cui coerenza formale si sacrifica anche il contenuto precettivo della norma che a quella geometria non si adegua, ma nella funzione pratica che alla norma è assegnata all'interno del contesto storico in cui essa vive, funzione pratica che è illuminata dalla storia e verificata dall'esperienza, ma che il giurista pur sempre trova nella norma, che preesiste alla sua indagine»²; b) dall'altra, si può individuare «una progressiva consapevolezza della dottrina più attenta alla evoluzione del costume e della cultura italiana, della necessità di liberarsi dagli ultimi residui del concettualismo astrattizzante, già rinnegato dalla precedente generazione, attraverso una maggiore aderenza al fatto (o, con formula sempre più diffusa nel linguaggio di questo periodo, alla realtà sociale in funzione della quale la norma giuridica è creata ed esiste»³.

Già nella monografia sull'utilità sociale e autonomia privata Nuzzo lamentava infatti che «l'esperienza del concreto forzata in modelli preordinati è elevata a “realtà giuridica” attraverso procedimenti che quando non costituiscono astrazione dal reale si risolvono in una fondamentale e radicale trasformazione del dato empirico», mentre «chi svolge il tema del contratto, se vuol essere coerente alla realtà materiale e ai problemi che in questa si pongono deve, al contrario, essere attento non solo alle enunciazioni della scienza ma, soprattutto, allo svolgimento concreto dell'esperienza giuridica, esaminata dall'interno con un metro capace di inerire alla intera situazione particolare, escludendo programmaticamente la possibilità di frattura fra il comportamento delle parti che danno assetto ai propri interessi e la configurazione giuridica dell'operazione economica da essi realizzata»⁴.

2. (i) Negozio illegale e negozio illecito

In tale contesto metodologico, per quanto riguarda la contrapposizione tra la legalità formale dell'attività che costituisce esercizio dell'autonomia privata, da una parte, e

¹ Ora riprodotta anche in Nuzzo, *Autonomia contrattuale – Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, 231 ss.

² Nell'insegnamento di Mario Nuzzo, dunque, dal punto di vista metodologico il sistema – come ha rilevato il Prof. Lipari – è il traguardo, il quale tuttavia è perseguito con un realismo che implica anche la presa d'atto che esisteva già un sistema e che la nuova prospettiva metodologica non doveva essere – come invece ha sottolineato la Prof.ssa Carleo – una rottura con quel sistema, ma la sua evoluzione.

³ Nuzzo, *Autonomia contrattuale – Contenuto, funzione, rimedi*, cit., 234.

⁴ Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, rist. anastatica, Napoli, 2011, 11.

giustizia sostanziale del suo risultato, dall'altra, viene in mente la distinzione tra negozio illegale (contrario a norme imperative di configurazione) e negozio illecito (contrario a norme imperative proibitive) chiarita nella voce di Mario Nuzzo sul negozio illecito⁵.

Come chiarito in tale voce, la distinzione non è solo teorica, ma serve a dare corpo a conseguenze pratiche, e in particolare all'individuazione di una disciplina dedicata in maniera specifica ed esclusiva al negozio illecito, inteso come quel negozio che non è solo formalmente imperfetto, privo di requisiti strutturali o stipulato in violazione di principi di ordine tecnico che si ispirano all'ordine razionale (come ad esempio quelli volti ad assicurare l'equilibrio tra i contraenti e la effettività della loro libertà di scelta), ma è sostanzialmente ingiusto e proprio per questo – a differenza del negozio illegale – irrimediabilmente insanabile.

Ne consegue, tra l'altro, che, a differenza del negozio illegale:

- il negozio illecito non si può convalidare, né convertire;
- in caso di nullità del negozio per illiceità nessuna delle parti può chiedere il risarcimento all'altra, perché nessuna delle parti può ignorare la causa della nullità, in quanto «nel caso del negozio illecito ... la possibilità di conoscenza [della causa di nullità] è in *re ipsa*, e d'altra parte la nullità non è imputabile a una sola delle parti, ma ad entrambe»;
- il contratto di lavoro nullo o annullabile, che normalmente produce i suoi effetti per il tempo in cui ha avuto esecuzione, invece non li produce se «la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa» (art. 2126 c.c.);
- in caso di negozio illecito non può prodursi l'effetto sanante di cui all'art. 2652, n. 6, c.c.⁶.

A tale proposito dal punto di vista del metodo Mario Nuzzo insegna che le norme che definiscono la disciplina del negozio illecito vanno assoggettate a «uno schema interpretativo volto a ridurre fortemente il rilievo del dato strutturale per accentrare l'attenzione sul momento funzionale del negozio, individuando il problema dell'illiceità in quello del divieto di un risultato» e quindi «pur essendo dettate con riferimento a tipi contrattuali aventi disciplina particolare, esse dovrebbero ritenersi operanti, anche al di là del tipo al quale immediatamente si riferiscono, essendo la portata del divieto costruita in relazione al risultato pratico perseguito dalle parti più che in relazione agli elementi strutturali da queste utilizzati». Sono cioè norme incondizionate, ad applicazione necessaria⁷.

⁵ Nuzzo, *Negozio giuridico – iv) negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 1 ss., ora anche in Nuzzo, *Autonomia contrattuale – Contenuto, funzione, rimedi*, cit., 151 ss. (le prossime citazioni s'intendono fatte alla voce del 1990).

⁶ Nuzzo, *Negozio giuridico – iv) negozio illecito*, cit. 2.

⁷ Nuzzo, *Negozio giuridico – iv) negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 2 s.

3. (ii) L'operazione

Da tale rilievo deriva l'individuazione di un secondo punto di emersione della contrapposizione tra dimensione strutturale del negozio e sostanza del regolamento, che si concretizza nell'individuazione della figura dell'operazione (nella voce sul negozio illecito si parla di «operazioni complesse risultanti da una pluralità di negozi autonomi ma collegati in vista della realizzazione di un risultato unitario diverso da quello prodotto da ciascuno dei singoli negozi utilizzati»⁸).

Nuzzo chiarisce che «in quest'ultimo caso il giudizio di liceità dovrà essere condotto non tanto con riferimento alla considerazione della meritevolezza dei singoli negozi, quanto con riferimento alla meritevolezza dell'operazione complessa risultante dal collegamento, nel cui ambito ... la rilevanza dei singoli negozi non sarà diversa da quella che hanno le singole clausole in cui un particolare negozio si articola. Con la conseguenza che: a) da un lato, l'illiceità di un singolo negozio potrà determinare la nullità di tutti i negozi collegati attraverso i quali si realizza l'operazione economica unitaria solo quando il negozio illecito possa ritenersi essenziale per la realizzazione del risultato finale; dall'altro, l'illiceità di tale risultato potrà determinare la nullità di tutti i singoli negozi tra loro collegati in vista della realizzazione di quel risultato, anche quando ciascuno di essi abbia in sé causa lecita»⁹.

Mario Nuzzo avvisa che «la dottrina italiana non ha prestato sufficiente attenzione a questa problematica, concentrando invece la propria ricerca sull'analisi della disciplina della struttura e della funzione del singolo negozio e del contratto in concreto posto in essere dai privati, e una corrispondente svalutazione della disciplina volta a configurare il potere di autonomia dei privati e a fissarne consustanzialmente i limiti al fine di escludere che fini contrastanti con gli interessi primari che fondano il sistema possano essere realizzati nel quadro dell'ordinamento». Ne consegue «un vizio di impostazione che: da un lato impedisce la compiuta analisi del contenuto e dei limiti del potere di autonomia dei privati; dall'altro impedisce di cogliere con esattezza le relazioni esistenti tra lo schema negoziale oggetto di valutazione ed altri negozi, che nell'ambito della stessa operazione economica, sono volti a realizzare funzioni ulteriori rispetto a quella propria del negozio considerato, convergendo verso un risultato finale che, se unitariamente considerato, è diverso da quello proprio di ciascun singolo negozio»¹⁰.

Invece il Nostro ci invita a correggere la prospettiva, insegnando che «oggetto della valutazione dell'ordinamento nel giudizio di liceità è non l'atto ma il potere di autonomia privata» e questo «può correttamente esplicitarsi solo in quanto sia lecito l'intento che muove le parti all'esercizio della loro autonomia (ovvero, in diversa prospettiva, il risultato alla cui realizzazione il potere di autonomia è volto)».

⁸ Nuzzo, *Negozio giuridico - iv) negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 7.

⁹ Nuzzo, *Negozio giuridico - iv) negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 8.

¹⁰ *Ibidem*.

A tali condizioni «ben si comprende come per effettuare quella valutazione, sia necessario considerare, senza limiti formali, “tutto il procedimento negoziale, quell'insieme di situazioni e risultati che permettono di cogliere l'essenza dell'operazione economica”¹¹, non limitandosi ad isolare dal generale contesto solo quegli elementi che esprimono un particolare negozio, ma riassumendo in una valutazione tutti gli atti e i comportamenti nei quali in concreto si svolge il potere di autonomia dei privati in vista di un risultato pratico unitario»¹².

«Con la conseguenza che» si avrà «illiceità per diretta violazione della norma, ogni volta che un negozio o un insieme di negozi sia idoneo a produrre il risultato vietato, sebbene questo non sia conseguito mediante la forma negoziale espressamente vietata»¹³.

Fin qui Mario Nuzzo.

4. (iii) Dall'atto al potere: il contratto giusto tra autonomia ed eteronomia nel prisma della giustizia procedurale

Provo ora ad applicare il suo insegnamento proponendo di spostare l'oggetto della valutazione dell'ordinamento dall'*atto* al *potere* di autonomia privata anche ai fini dell'annoso problema del contratto giusto.

In alcune recenti riflessioni¹⁴ abbiamo avuto modo di evidenziare come negli ambiti riservati all'autonomia privata debba considerarsi per definizione giusto qualsiasi regolamento che definisce un conflitto di interessi nel modo liberamente e consapevolmente concordato dalle parti di quel conflitto e come quindi quello contrattuale sia un procedimento che mira ad un risultato per definizione giusto, e più precisamente ad un risultato che è giusto solo e nella misura in cui il procedimento si sia effettivamente svolto, si sia svolto in maniera corretta e si sia svolto nelle corrette condizioni di contesto: in questo modo il procedimento di formazione del regolamento contrattuale risulta essere una vera e propria forma di giustizia procedurale pura, che com'è noto è quella nella quale non esiste un criterio indipendente dalla procedura per decidere se il risultato è giusto, ma il risultato è giusto proprio e solo se e in quanto generato dalla procedura¹⁵.

¹¹ FERRI, *Causa e tipo nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1966, 255.

¹² NUZZO, *Negozio giuridico – iv) negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 9.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ RICCI, *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, in *Procedimento e processo – metodi di ponderazione di interessi e risoluzione dei conflitti*, a cura di MARTINO, PANZAROLA, ABBAMONTE, Milano, 2022, 145 ss., spec. 172 ss.; ID., *Giustizia procedurale e contratto giusto*, in *Il processo*, in corso di pubblicazione, § 1 ss., spec. § 2 ss.

¹⁵ Com'è noto, la teoria della giustizia procedurale e la sua attuazione sono al centro della visione della giustizia contrattuale di Jacques Ghestin, che vi dedica ampie riflessioni in GHESTIN, LOISEAU, SERINET, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, 4^a ed., Paris, 2013, 334 ss. Con riguardo alla qualificazione del contratto come forma di giustizia procedurale pura v. in particolare p. 337 s.

Naturalmente con questo non si vuole sostenere che l'unica forma di giustizia perseguita dall'ordinamento giuridico è quella che coincide con le determinazioni concordate tra le parti dei conflitti da regolare, non potendosi disconoscere che, da una parte, possano entrare in gioco anche interessi ai quali va riconosciuto un rilievo di portata più generale e di natura tale da trascendere il rapporto tra le sole parti del conflitto che deve essere risolto nel caso concreto e che, dall'altra, quando ciò accade il trattamento di tali interessi possa essere meglio definito con soluzioni di carattere in tutto o in parte eteronomo. Non si vuole cioè mettere in discussione la necessaria e legittima compresenza di regole autonome ed eteronome in un ordinamento dato.

Si vuole tuttavia mettere in evidenza che ogni volta che l'ordinamento lascia alle parti di un conflitto il potere di regolarlo autonomamente e tale potere sia esercitato, la soluzione giusta – cioè quella che costituisce il parametro giusto delle relative tutele (non solo in senso metagiuridico, ma proprio in senso positivo e giuridico) – non può che essere quella messa a punto dalle parti di quel conflitto in un'intesa effettivamente raggiunta tra loro al riparo da interferenze sulla libera esplicazione della loro autonomia, obiettivo al quale tende quello che abbiamo proposto di qualificare come il processo contrattuale, inteso come forma di giustizia procedurale in grado di trasmettere la sua correttezza al risultato che ne consegue.

A una giustizia contrattuale intesa in questo senso fa esplicito riferimento il «*Progetto di un quadro comune di riferimento per il diritto privato europeo*», nella parte dedicata ai principi¹⁶, ove si cita la celebre massima di Alfred Fouillée secondo la quale «*qui dit contractuel, dit juste*»: vi si legge infatti che «in effetti è stato affermato che, in alcune situazioni, la libertà di contratto, senza altro, porta alla giustizia. Se, per esempio, le parti di un contratto sono pienamente informate e in una posizione negoziale uguale quando lo concludono, si può presumere che il contenuto del loro accordo sia nel loro interesse e che sia giusto tra di loro. “*Qui dit contractuel, dit juste*”»¹⁷.

In questa prospettiva, di fronte alle eterogenee variabili, fisiologiche e patologiche, che possono indurre le parti a stipulare un contratto economicamente o normativamente squilibrato, la valutazione dell'ingiustizia del contratto non può essere fatta incrostando il giudizio né sulla santificazione di qualunque assetto contrattuale, né sulla riprovazione di qualsiasi squilibrio economico o normativo, ma deve essere svolta concentrando

¹⁶ Com'è noto, in tale contesto la giustizia contrattuale è riconosciuta come uno dei principi guida del diritto europeo dei contratti.

Due dei più corposi contributi allo studio della giustizia contrattuale sono l'ampio capitolo (quasi cento pagine) dedicato al tema da Jacques Ghestin in GHESTIN, LOISEAU, SERINET, *La formation du contrat*, cit., 273 ss., nonché le approfondite riflessioni in due tomi di NEGRI, *Autonomia della volontà e contratto giusto* — *Studio di diritto francese*, Pisa, 2022.

¹⁷ È il noto *Draft Common Frame of Reference* (*Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2009) predisposto dallo *Study Group on a European Civil Code* e dal *Research Group on EC Private Law*, noto anche come *Acquis Group*, cit., 63.

l'attenzione sull'apprezzamento delle modalità e delle circostanze della stipulazione¹⁸, da una parte, sul carattere fisiologico o patologico del nesso tra quelle modalità e circostanze e gli esiti della stipulazione stessa, dall'altra, e infine sulla considerazione se il contenuto del regolamento che risolve il conflitto d'interessi che si va a risolvere con un contratto è del tutto lasciato all'autonomia delle parti, o solo in parte. Se ne ricava che la dialettica tra legalità formale e giustizia sostanziale non può essere intesa come un dualismo tra due dimensioni separate e senza punti d'incontro, perché a certe condizioni lo svolgimento della corretta procedura contrattuale è condizione necessaria e sufficiente per la creazione di un regolamento giusto, in altri casi non lo è.

Emerge così che per gli aspetti in cui il regolamento è effettivamente rimesso alla volontà delle parti non solo la comprensione del fenomeno della conclusione del contratto in sé considerato¹⁹, ma la stessa questione della giustizia contrattuale sfugge nella prospettiva statica della fattispecie, quella cioè nella quale si finisce per riuscire a dire solo cose del tipo che è giusto qualunque contratto in quanto concluso o, all'opposto, che lo è solo il contratto che abbia un determinato contenuto.

Il tema della giustizia contrattuale dell'atto di autonomia recupera invece tutta la sua consistenza nella prospettiva dinamica di un procedimento che sia idoneo ad assicurare l'introduzione di un autoregolamento impegnativo dei conflitti di interesse frutto di una scelta consapevole, volontaria, libera e condivisa, la quale è l'unica effettivamente in grado di cogliere il nesso tra giustizia contrattuale ed autonomia privata. La considerazione del contratto nella chiave dinamica di un procedimento con tali caratteristiche è infatti l'unica in grado di offrire un indice il più possibile oggettivo e sicuro del fatto che l'introduzione di quell'autoregolamento è effettivamente voluta da tutte le parti del conflitto e che la valutazione soggettiva ed autonoma dei vantaggi e sacrifici che sta alla base

¹⁸ Infatti, se non si vogliono frustrare le esigenze sottese alle molteplici ragioni fisiologiche che possono giustificare la libera e volontaria adozione di un autoregolamento in perdita, bisogna tenere ben presente che quando si lamenta che l'autoregolamento sfavorevole è l'esito di una delle circostanze patologiche prese in considerazione nel testo «allora il discorso transita dalla rilevanza dell'ingiustizia alla rilevanza del vizio della volontà di chi subisce l'ingiustizia» o «di quelle circostanze che hanno condizionato il negozio». Né può dirsi che un contratto in perdita è in sé e per sé ingiusto in quanto irragionevole, perché il contratto è lo strumento specificamente destinato al libero esercizio dell'autonomia privata (cioè a costituire, regolare o estinguere il rapporto giuridico patrimoniale che le parti vogliono: cfr. gli artt. 1321-1322 c.c. e l'art. 41 Cost.): ne consegue che «un contratto è sempre razionale se davvero le parti lo vogliono con una volontà non inquinata da fattori conturbanti» e, poiché «il contratto è sempre voluto», allora la sua ragionevolezza manca solo «se la volontà è male accompagnata da fattori conturbanti; ma allora il discorso transita dalla rilevanza dell'irragionevolezza alla rilevanza della circostanza che rende irragionevole la volontà del contraente» (SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, in banca dati *One Legale*, 2012, § 4).

¹⁹ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 50 s.

di quella volontà non è alterata: tale modo di vedere le cose converge pienamente con la concezione della giustizia contrattuale come giustizia essenzialmente procedurale²⁰.

Ne consegue che, a meglio vedere, non solo sul piano dei contenuti del regolamento, come nel caso dei negozi illeciti, ma anche su quello della sua formazione, come nel caso dei negozi illegali, vi è un valore fondamentale dell'ordinamento che è destinato a realizzarsi in maniera incondizionata mediante l'applicazione di parametri giuridici ad applicazione necessaria²¹: il valore consiste in ciò, che il regolamento negoziale che costituisce espressione dell'autonomia privata deve essere il risultato di un esercizio libero e consapevole dell'autonomia privata, essendo il cuore stesso di tale autonomia che tutti i negozi in cui si concretizza²² siano il frutto di una scelta condivisa dalle parti del conflitto che si va a risolvere, consapevole, libera da coercizioni e scevra da condizionamenti.

Per comprendere tale aspetto della giustizia contrattuale basta spostare l'attenzione anche in questo caso dall'atto al potere, dal contenuto alla funzione²³, e quindi dalla fattispecie al procedimento²⁴, e cioè quell'insieme di situazioni e risultati che permet-

²⁰ Com'è noto, un'istituzione si considera giusta, e giuste le sue forme di organizzazione, quando tende a realizzare gli interessi di chi vi partecipa evitando distinzioni arbitrarie nell'assegnazione dei vantaggi e dei sacrifici e assicurando un equilibrio appropriato tra le pretese concorrenti.

È proprio la necessità dell'accordo libero e paritario tra le parti del conflitto da regolare, che la disciplina del procedimento mira a garantire, a fare in modo che siano le stesse parti di quel conflitto a riempire di contenuto concreto entrambe le nozioni (le distinzioni arbitrarie nell'assegnazione dei vantaggi e dei sacrifici, da evitare; e l'equilibrio appropriato tra le pretese concorrenti, da perseguire) con le proprie determinazioni concordi, dando luogo ad una distribuzione dei vantaggi e dei sacrifici che per loro e tra loro non è arbitraria perché concordata, così come ad un equilibrio tra gli interessi in conflitto che per loro e tra loro è appropriato in quanto pure concordato.

²¹ Vero è che per Mario Nuzzo «l'individuazione di norme ad applicazione necessaria è più difficile nel quadro di una analisi delle norme volte esclusivamente a disciplinare elementi strutturali o funzionali di singoli tipi negoziali». Tuttavia, come di vedrà meglio tra breve, normalmente le disposizioni che definiscono la giustizia procedurale posta a presidio dell'effettivo esercizio dell'autonomia privata, da una parte, e la disciplina delle conseguenze della sua violazione, dall'altra, normalmente sono già di per sé incondizionate, essendo testualmente destinate a regolare tutti i contratti e collocate infatti nell'ambito della disciplina dei contratti in generale, mentre il caso delle norme che sono «volte esclusivamente a disciplinare elementi strutturali o funzionali di singoli tipi negoziali» (come per esempio quelle che contemplano la consegna come elemento necessario per il perfezionamento dei contratti reali, o quelle che contemplano la forma scritta per i contratti contemplati dagli artt. 1350 e 1351 c.c.).

²² Ispirandomi alle riflessioni di BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., e ora anche in *Bil. com. pers.*, 2021, 244 ss., spec. 245, il quale allude al passaggio dall'astratta preordinazione di una modificazione giuridica in forma di potere al suo effettivo e concreto invero in forma di atto.

²³ Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 54.

²⁴ Cfr. SALV. ROMANO, *Buona fede*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 677 ss., spec. 682, secondo il quale il ciclo dell'autonomia privata non si riesce a cogliere nella prospettiva «statica della somma degli elementi necessari in vista di un effetto (fattispecie)», ma solo nella dimensione dinamica della «successione degli atti e delle situazioni giuridiche che s'iniziano, partendo dalla individuazione del soggetto e di ogni altro presupposto soggettivo e oggettivo (quindi anche dall'analisi del

tono di cogliere in questo caso l'essenza dell'intento dispositivo in cui si esplica l'autonomia privata. Com'è noto, infatti, la fattispecie riguarda «il negozio assunto come già formato in funzione della determinazione della sua efficacia commisurata al tipo»²⁵, cioè ai modelli legali o sociali dei suoi possibili contenuti, perché «quando se ne parla in termini di fattispecie, il richiamo ha puro valore descrittivo, servendo, in realtà, ad evocare il contenuto del regolamento, secondo la determinazione operata dalle parti»²⁶. Il secondo, invece, concerne l'attività giuridica diretta a porre l'autoregolamento (e cioè l'esercizio dell'autonomia contrattuale), e più precisamente «la serie degli atti coordinati in funzione della formazione del negozio, da ciascuno dei quali consegue quell'effetto che rappresenta una tappa progressiva della sequenza»²⁷.

In questa rinnovata cornice, la distinzione tra negozio illecito e negozio illegale illustrata da Mario Nuzzo si continua a riflettere in ciò, che:

- quando il contenuto di un regolamento contrattuale è ingiusto perché qualche aspetto del suo contenuto confligge con quanto imposto o precluso per via eteronoma dall'ordinamento va in ogni caso assoggettato, senza preclusioni formali, alla disciplina dei negozi illeciti;
- quando invece il regolamento è ingiusto perché qualche aspetto della vicenda della sua formazione ha violato i requisiti di giustizia procedurale posti dell'ordinamento a presidio della corretta concretizzazione dell'autonomia privata va assoggettato, senza preclusioni formali, alla disciplina dei negozi illegali per violazione delle norme di configurazione volte a garantire la correttezza delle procedure e delle relative

potere e della legittimazione al suo esercizio), con l'esercizio del potere normativo – o negoziale – fino all'esaurimento del ciclo con l'ultimo atto esecutivo». Infatti, secondo l'A. il ciclo dell'autonomia privata può essere meglio compreso «prospettando una progressione di attività: preliminare, conclusiva, esecutiva» (SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, rist. fedele (corretta limitatamente ai soli refusi) dell'edizione del 1961, con *Presentazione* di A.M. BENEDETTI, Napoli, 2021, 10 s.) e suddividendo il procedimento in cui quella vicenda si dispiega «nelle fasi di trattative, conclusione ed esecuzione» (SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 56): è questa l'«azione costruttiva di ordinamento», la quale «è (nei procedimenti negoziali) legata all'accordo e attiene allo svolgimento attivo del potere, si concreta nell'esercizio di questo, nella fasi normativa ed esecutiva dell'autonomia privata e ciò fino al risultato finale che si pone»: essa si contrappone a «l'altra azione», la quale «è invece legata all'ipotesi di conflitto, e quindi è espressione di un potere di difesa, che è poi il potere di azione cui si fa correntemente riferimento» (SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 11). Secondo l'A. «all'agire è inscindibilmente connesso il “procedere”» e quindi ogni azione è «materia di procedimento giuridico ... in quanto attivo svolgimento del potere». In particolare «per il diritto privato un'impostazione così prospettata investe l'esercizio di ogni potere di autonomia privata. Questo significa riferimento al ciclo negoziale completo dalla formazione degli atti (inizio dell'esercizio) fino al risultato finale ed *effettivo* (conclusione dell'esercizio)» (SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 13).

²⁵ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 26 s.

²⁶ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 54 s.

²⁷ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 26 s.

condizioni di contesto, da individuare – in mancanza di disposizioni applicabili in via diretta – per analogia legis o iuris alla stregua degli artt. 12 e 14 disp. prel. c.c.

Si noti che in questo secondo scenario le preclusioni formali da superare riguardano non tanto l'estensione delle disposizioni sulla formazione del regolamento a tipi negoziali non contemplati dalla relativa disciplina, quanto piuttosto l'estensione delle disposizioni sulle invalidità che ne conseguono in caso di violazione rispetto alle figure legali atipiche di vizio. Infatti, le disposizioni che definiscono la giustizia procedurale pura che governa la formazione dell'accordo a presidio dell'effettivo esercizio dell'autonomia privata, da una parte, e la disciplina delle conseguenze della sua violazione, dall'altra, normalmente sono già di per sé incondizionate o comunque ampiamente transtipiche, essendo configurate in modo tale da regolare tutti i contratti o ampi gruppi di tipi contrattuali (come per esempio i contratti sinallagmatici), appartengano o meno ai tipi aventi una disciplina particolare (per il primo profilo v., tra gli altri, gli artt. 1326 ss. c.c. sull'accordo delle parti e gli artt. 1350 ss. c.c. sulla forma del contratto; per il secondo profilo v., tra gli altri, gli artt. 1418 ss. sulla nullità del contratto, gli artt. 1425 ss. c.c. sull'annullabilità del contratto e gli artt. 1447 ss. c.c. sulla rescindibilità del contratto).

In questo modo, il giudizio di illiceità si delinea come quello che riguarda i contenuti passati al vaglio di un parametro eteronomo di giustizia, mentre il giudizio di illegalità risulta essere quello normalmente volto ad appurare che, negli ambiti riservati all'autonomia privata, il regolamento sia il frutto del corretto esercizio di tale autonomia alla stregua di un parametro di giustizia procedurale pura, il quale per definizione considera giusto l'esito se la procedura si è svolta in maniera corretta e nelle corrette condizioni di contesto.