

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE

XIX CICLO

TESI

EQUILIBRIO E GIUSTIZIA CONTRATTUALE

Coordinatore

Chiar.mo.Prof.

Enrico Quadri

Candidata

Dott.ssa

Raffaella Spinelli

ANNO ACCADEMICO 2005-06

INDICE GENERALE

PARTE PRIMA: LA NOZIONE TRADIZIONALE DI EQUILIBRIO CONTRATTUALE

Capitolo I

EQUILIBRIO E GIUSTIZIA CONTRATTUALE: VERSO L'OGGETTIVAZIONE DEL CONTRATTO

- 1) Equilibrio e giustizia contrattuale pag. 1

Capitolo II

I CONTRATTI A PRESTAZIONI CORRISPETTIVE

- 1) I contratti a prestazioni corrispettive. pag. 14
2) La proporzionalità tra le prestazioni pag. 25

Capitolo III

RIMEDI A TUTELA DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE SECONDO IL CODICE CIVILE

- 1) I rimedi a tutela dell'equilibrio contrattuale secondo il codice civile pag. 29
2) La rescissione del contratto. Natura giuridica pag. 35
3) Rescissione e risoluzione per eccessività onerosità pag. 44
4) Rescissione e usura pag. 51
5) Il problema nell'usura a seguito della legge n. 108/1996 pag. 58

PARTE SECONDA: L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE NELLA GIURISPRUDENZA

Capitolo IV

L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE SECONDO I NUOVI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

- 1) L'equilibrio contrattuale nella "vendita simbolica" e nella "vendita a prezzo vile".
pag. 64.**
- 2) La causa concreta pag. 73**
- 3) L'equilibrio contrattuale ed il principio di buona fede pag. 78**
- 4) L'equilibrio contrattuale e l'equità pag. 91**

PARTE TERZA: L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE NELLA LEGISLAZIONE SPECIALE

Capitolo V

L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE DALLA DISCIPLINA CODICISTICA ALLA NORMATIVA COMUNITARIA

- 1) L'equilibrio contrattuale dalla disciplina codicistica alla normativa comunitaria
pag. 97**
- 2) Le clausole vessatorie pag. 103**
- 3) Le clausole che si presumono vessatorie pag. 114**
- 4) Le nullità di protezione pag. 117**

Capitolo VI

L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE ALLA LUCE DELLE ATTUALI NORMATIVE CONSUMERISTICHE.

**1)Altri strumenti a favore dei consumatori nell'attuale codice del consumo e nuovi
strumenti a favore dell'imprenditore debole. pag. 130**

2) L'equilibrio contrattuale nei principi Unidroit e nel Codice Lando pag. 146.

***BIBLIOGRAFIA* pag. 163**

Capitolo I

EQUILIBRIO E GIUSTIZIA CONTRATTUALE

Appare necessario premettere alla presente trattazione che il significato di equilibrio contrattuale non è univoco anzitutto perché, nella tradizione giuridica, esso è stato inteso in senso sia oggettivo che soggettivo.

Nella sua prima configurazione, almeno la più antica, l'equilibrio nel contratto indica equivalenza tra le rispettive prestazioni individuate nel complesso del rapporto negoziale; il contratto considerato in questo senso, rappresenta perciò il mezzo che consente l'ingresso nel patrimonio di ciascuna delle parti contraenti di utilità pratiche, beni giuridici scambiati di ugual valore ¹. Il contratto dunque non veicola ricchezza perchè lo scambio è reciproco e perequato.

Il valore, che segna il tratto distintivo dell'equilibrio, è quindi identificabile nella mera congruità delle prestazioni, tendenzialmente eguali, perchè il contratto non è un affare né mira a perseguire affari ².

La nozione, riferita dunque essenzialmente all'equilibrio fra le prestazioni, esalta a ben vedere il momento c.d. funzionale del contratto, rappresentato soprattutto come mezzo di scambio, considerandolo in maniera preminente nella fase della sua esecuzione, anziché in quella della sua formazione. "La funzione commutativa del sinallagma viene a coincidere con la nozione di giustizia distributiva, per cui

¹Camilletti, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano 2004, pag. 41 cita Marini, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, Riv. crit. dri. priv., 1986, pag. 257 e Lanzillo, *Regole nel mercato e congruità nello scambio*, Contratto e impresa, 1985 pag. 309ss. In questo senso, il concetto di equilibrio contrattuale è inteso secondo l'antica concezione aristotelica, per cui con il contratto l'utilità marginale di ciò che si riceve è uguale all'utilità marginale di ciò che si perde, in modo che il soggetto realizzi il suo interesse attraverso un bene diverso ma di ugual valore rispetto a quello scambiato. Condizione essenziale per gli economisti è invece, realizzare attraverso lo scambio non un'uguaglianza fra le rispettive utilità marginali, ma un profitto, che tanto è maggiore quanto più ampio è il divario fra le due utilità. All'equilibrio contrattuale in senso oggettivo è estraneo pertanto il concetto di affare in senso economico.

²Autore precedente pagg. 39 e ss.

il contratto merita tutela se contribuisca a conservare una determinata distribuzione della ricchezza”.

Nella sua configurazione soggettiva, più recente, l’equilibrio si correla invece alla volontà contrattuale come punto di mediazione del rapporto di forza tra i contraenti, i quali sono liberi di stabilire il valore delle singole prestazioni, che restano pur sempre corrispettive, non essendo la congruità economica presupposto di liceità del contratto. Il rapporto contrattuale, inteso sì come mezzo di scambio, ma rimesso alla volontà delle parti, vero centro motore della contrattazione privatistica, consente a ciascun contraente di stabilire il valore economico – patrimoniale secondo la previsione dell’art. 1174-, e non solo, che ritiene favorevole, senza necessità di un’effettiva uguaglianza fra le prestazioni. Il valore del bene o del servizio scambiato è dunque rappresentato dall’utilità soggettivamente valutata nella mediazione degli opposti interessi.

La nozione, quindi, esalta, a differenza dell’altra, la fase genetica del contratto, e perciò il momento volontaristico, rappresentando l’equilibrio tra le prestazioni come elemento rimesso all’esclusiva volontà delle parti contraenti, libere di apprezzarne il contenuto, sottratto perciò, tranne che in casi tipici e tassativi, come nell’ipotesi di cui all’art. 1384 c.c. sulla quale torneremo, al controllo del giudice³.

Il contenuto della prestazione è quindi quello voluto dalle parti, reso manifesto attraverso la reciproca dichiarazione di volontà, ed al giudice non è consentito sostituire il proprio criterio a quello determinato dai contraenti per verificarne la congruità. Il “giusto oggettivo” resta estraneo allo scambio⁴, tant’è che l’interpretazione del contratto deve essere condotta, secondo una vera e propria

³ Camilletti, op. cit. pag. 2 ripercorre le tappe storiche di un orientamento che ha visto mitigare il crisma della giuridicità dell’accordo contrattuale per effetto dei limiti posti dall’impatto sociale del contratto.

⁴ Camilletti, op. cit. 48.

scala gerarchica fra i canoni esegetici previsti dagli artt. 1362 e ss., tenendo conto principalmente della volontà delle parti, prima ancora che sulla base dei criteri oggettivi, e, ma solo in ultima analisi, alla stregua dell'art 1371, che pone al giudice l'obbligo di interpretare il contratto a prestazioni corrispettive nel senso che realizzi il giusto temperamento degli opposti interessi.

In ogni caso, quale che sia l'opzione preferibile, si pone il problema se la nozione di contratto equilibrato coincida con quella di contratto giusto, e quindi, ma prima ancora, cosa debba intendersi per "giustizia contrattuale".

In senso distributivo, cioè come giusto prezzo della prestazione, presidio dell'equilibrio contrattuale oggettivo, essa rappresentò, almeno nella tradizione storica, elemento necessario per garantire che lo scambio avvenisse su basi oggettivamente paritetiche, quelle stesse che la teoria volontaristica ha quindi ridimensionato relegando la giustizia distributiva a fattore solo morale, perciò interno alla volontà e come tale privo di rilevanza. In quest'ultimo senso è dunque giusto lo scambio se così le parti lo hanno previsto e voluto, a meno di anomalie, che il legislatore ha però specificamente individuato e quindi sanzionato nel momento della formazione del contratto, ovvero, come di seguito si vedrà, in quello della sua esecuzione, ma solo in caso di circostanze sopravvenute incompatibili.

La formula "giustizia contrattuale" non è dunque univoca, e ciò perché evoca un complesso di significati, soprattutto etico, ma anche ideologico, economico e non ultimo sociale, che ne hanno reso spesso l'impiego ambiguo, ma soprattutto controversa la configurazione e l'impatto in ambito giuridico⁵.

La sua articolazione sfugge infatti ad una precisa catalogazione. Essa può operare

⁵ Per una disamina completa della figura nei suoi aspetti più studiati, v. D'angelo, in *Ambiente Diritto*, 2, 2004, pag. 1-5 "Buonafede e giustizia contrattuale".

come criterio guida dell'esegesi del contratto demandata al giudice, ovvero come elemento che entra nel contratto, o perché incide sull'oggetto dello scambio, ovvero perché interferisce sulla volontà dei contraenti, o come parametro di controllo esterno, desunto o da valori etici di solidarietà e giustizia intesi come fattori di contemperamento nella contrapposizione fra vincolo contrattuale e salvaguardia di interessi indeclinabili, ovvero economici, perché tratti dal mercato.

A ragione della difficile, anzi impossibile, mediazione fra questo ventaglio di implicazioni, non si è potuta costruire dunque una nozione generale descrittiva di giustizia contrattuale, che le sintetizzi senza operare priorità, e le trascenda in modo da poter configurare sia uno schema di contratto avente un giusto equilibrio giuridico ed economico, sia uno strumento di controllo circa la conformità in concreto a tale modello del singolo contratto considerato. Di qui l'attenzione degli studiosi in relazione all'adeguatezza della causa concreta del contratto, quale fattore di equilibrio nell'assetto contrattuale, sia oggettivo che soggettivo.

Si può infatti affermare che l'istituto dell'equilibrio contrattuale, inteso in senso sia oggettivo che soggettivo, tende a preservare un assetto di rapporti equi, e quindi in definitiva a garantire un contratto giusto⁶.

La giustizia, in qualunque senso sia intesa, mira in sostanza a tale fine.

Essa infatti, se la intendiamo come avente carattere commutativo, garantisce il giusto valore di scambio nel contratto sinallagmatico, e in questa chiave tende ad oggettivizzare il rapporto contrattuale.

⁶ Marini, op. cit., pag.257ss.

Se la identifichiamo in senso procedurale, consente l'ingresso a possibili interventi predisposti dal legislatore tesi ad incidere sulla fase di formazione del contratto, evitando il nascere stesso di "eccessivi squilibri di diritti e obblighi".

E in quest'ultimo senso, nella più recente legislazione, mira ad assicurare l'equilibrio fra le prestazioni, garantendone la congruità, attraverso un assetto normativo che tutela il contraente debole, neutralizzando le clausole originate dalla supremazia della controparte, operando attraverso un regime finalmente positivo che, seppur in ambito limitato, e senza pretesa di enunciazioni generali, delinea con sufficiente chiarezza una direttiva, giova ribadire circoscritta, di generica tendenza. In presenza, infatti, di regole e rimedi che, seppur destinati ad operare nel solo settore considerato, comunque sanciscono il criterio della giustizia contrattuale come elemento imprescindibile del contratto, si è trovato il parametro di correlazione di una possibile generalizzazione nel principio costituzionale della solidarietà sociale ed economica, sancito nell'art. 2 della Costituzione.

La giustizia, in quest'ultimo aspetto, trova il punto di equilibrio più alto e completo con il principio dell'autonomia privata, immanente al sistema della contrattazione tra i privati e su tutta la disciplina del negozio giuridico, consacrato nell'articolo 1321 del codice civile che definisce "il contratto come all'accordo di due o più parti per costituire regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale", intendendo, con il termine accordo un autoregolamento unitario delle manifestazioni di volontà dei contraenti, ai quali l'ordinamento consente finanche, a mente dell'articolo 1322 comma 2, di creare figure che non appartengono a tipi contrattuali previsti, purché siano diretti a perseguire interessi meritevoli di tutela secondo quanto previsto dall'ordinamento giuridico. Il

contratto è insomma lo strumento principe per la regolamentazione della vasta gamma dei rapporti fra i privati, sia quelli predeterminati sia quelli che il legislatore non ha individuato, strumento di assetto e gestione dei relativi interessi, mediante autodisciplina interna e come tale, seppur impropriamente, normativa, però non sconfinata, in quanto necessariamente compatibile con i principi generali dell'ordinamento⁷.

Non è questa la sede per affrontare la problematica in ordine al fondamento costituzionale di tale principio, e l'individuazione degli enunciati fondamentali ai quali dovrebbe correlarsi, se cioè il contratto sia l'espressione della libertà individuale, ovvero ne rappresenti uno degli elementi centrali, ovvero infine se il suo fondamento vada cercato nella tutela della libertà di iniziativa economica- art 41 della Costituzione-, con il solo limite dell'utilità sociale e del rispetto della libertà e dignità umana⁸.

Resta chiaro che il legislatore del'42 ha decretato così, secondo la visione classica liberista, la libertà dei contraenti nello stabilire, nella libertà delle forme prescelte, tranne che nei casi tipici sanciti nell'art 1350, attraverso le clausole di autoregolamentazione, fonte normativa interna, il contenuto del rapporto, nella sua misura e nelle sue modalità, che laddove è correttamente esercitata, nel senso

⁷ sulla nozione di contratto Bianca, *Diritto civile*, vol. II, Milano, 2000; Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001; Somma, *Autonomia privata*, in Riv. dir. civ., 2000, 597; Grisi, *Autonomia privata*, Milano, 1999, Messineo, *Il contratto in genere*, Milano, 1973, par. 12-13-1-4-15-1-6; Santoro Passatelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966; Sacco, *Obbligazioni e contratti*, Tratt. Dir. priv. diretto da Rescigno, Torino, 1992; Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. I, Torino, 1950, 313; Galgano, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contratto e Impresa*, 1987, 733.

⁸ Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 1997, 1; Abbamonte, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Raccolta di scritti sulla costituzione*, II, Milano, 1958, 18q, Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, Liserre, *Tutele costituzionali dell'autonomia privata*, Milano, 1971, 75, Inzitari, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979, cap. VIII, par.2: ; si veda Corte cost. 15.5.1990 n. 241, in *giust. civ.*, 1990, I, 2785,

che a nessuno può essere imposto di aderire ad una pattuizione, non può dare origine in tesi ad un risultato ingiusto.

Il dogma dell'intangibilità dell'autonomia privata, fondato sul postulato che la libertà contrattuale è libertà di contrarre, espressione di volontà spontanea⁹, e libertà di autodeterminare il rapporto nel suo contenuto patrimoniale pur con i limiti generali di liceità sanciti, giustifica il tradizionale disinteresse per l'equilibrio fra le prestazioni; l'autonomia privata infatti non solo è garante di giustizia, ma fuori dell'autonomia non esiste giustizia, come riassunto nella celebre formula, "*Qui dit contractuel dit juste*"¹⁰.

Il riconoscimento dell'autonomia privata è certamente fra le più autorevoli conquiste del pensiero liberale, e di qui si giustifica il disinteresse della dottrina e giurisprudenza per l'equilibrio fra le prestazioni nel sistema delle pattuizioni private; una scelta caratterizzata dall'equilibrio oggettivo, avrebbe fortemente compromesso l'autonomia privata e la libertà delle parti nello scegliere la convenienza economica del singolo affare.

Il contratto si manifesta attraverso la fusione delle contrapposte volontà dei soggetti di affermare e attuare interessi o di modificare situazioni, fissandone la disciplina, i presupposti e i modi¹¹; esso resta dunque un affare privato, libero dal controllo giudiziario, anche laddove vi sia una sproporzione fra le prestazioni, che opera solo in ipotesi tipiche e laddove vi sia contrasto con la legge, ciò perché non esiste un principio generale codificato o comunque positivo di giustizia fra le prestazioni, operando le norme dedicate alla determinazione del rapporto

⁹ Messineo, op. cit. pag. 46 che porta come eccezione l'esempio del monopolista.

¹⁰ Celebre frase di Foillè, citata in Ghestin, *Le contrat*, in *Traité de droit civil*, II, Les obligations, I, II, éd, Paris, 1988, p.20. v. anche Arancione, in *Diritto & Diritti*, archivio/23030.

¹¹ Messineo, *Il contratto in genere*, I in, *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, pag. 40ss.

sinallagmatico in via solo suppletiva, in mancanza di diversa determinazione volitiva.

In conclusione, la libertà contrattuale è la regola ed il garante dell'equilibrio contrattuale; la sua assenza è un'eccezione¹².

L'ottimismo che ha ispirato questa visione liberista è stato però, nei tempi recenti, fortemente messo in crisi; la libertà contrattuale, per essere correttamente esercitata, presuppone un mercato che, aperto al libero scambio, sappia garantire ad entrambe le parti che pervengano alla contrattazione le medesime opportunità con riguardo ai profili economici, relazionali, psicologici. L'autonomia privata trova così il suo punto d'incontro con la giustizia, intesa nel senso procedurale riferito, in quanto il legislatore si prefigge di assicurare una volontà consapevole che sappia al meglio decidere il contenuto del rapporto negoziale. Di qui gli adattamenti e le novità citate, originate dalla diffusione della contrattazione di massa e la supremazia delle imprese nello stabilire le condizioni contrattuali al cliente.

In senso opposto alla visione liberista, già la scienza economica aveva da tempo evidenziato come, da sola, l'autonomia privata non è stata in grado di assicurare un'effettiva giustizia contrattuale, che ha pertanto bisogno di interventi eteronomi per realizzarsi, evidenziando l'apparente contrapposizione tra libertà e giustizia contrattuale, tra salvaguardia di quello che le parti hanno pattuito, e ciò che invece sembra giusto proteggere. In questa chiave di lettura, l'esigenza di perequare le opposte prestazioni e gli opposti obblighi, si salda con il concetto di giustizia commutativa, perché apparentemente più adeguata rispetto alla giustizia distributiva che resta comunque affidata alla spontaneità dei contraenti ed alle

¹² Francione, *Diritto&Diritti*, archivio 23030/ cit.

contingenze del caso concreto, con ricaduta sugli effetti redistributivi solo causali, e quindi insufficienti e non uniformi.

Purtuttavia, come si è obiettato¹³, la conformità del contratto, e quindi del suo equilibrio economico-giuridico, alla giustizia- commutativa-, marginalizzando in sostanza il ruolo del processo formativo del vincolo, rinvierebbe o a parametri normativi ed economici precari, perché espressi solo dal mercato, che assumerebbe funzione di guida anche dell'etica, ovvero ad un modello ideale di contratto giusto, non mediato da criteri di ordine economico, il tutto avulso dal comportamento delle parti contraenti nel processo di formazione (c.d. procedural fairness). La giustizia commutativa dovrebbe correggere le sperequazioni retributive perché esse possono nuocere alla giusta distribuzione della ricchezza, ma così non è perché ciò contrasta con la funzione del contratto.

Ed allora, non resta che affidare il controllo sull'assetto contrattuale a fondamento equitativo, che tenga conto della vessatorietà della contrattazione, e della proporzione e ragionevolezza fra le prestazioni.

Ed in questa prospettiva il fine di assicurare l'equilibrio del contratto ha assunto un ruolo preminente e decisivo.

Il diritto dei contratti si è nutrito di nuova linfa, grazie all'apporto sia dei nuovi interventi legislativi, influenzati dalle norme adottate in ambito comunitario, sia del contributo della giurisprudenza, che hanno scalfito, ma non scardinato, il dogma dell'autonomia negoziale come espressione della libertà contrattuale, laddove empiricamente essa non è riscontrabile.

Gli strumenti adottati, improntati alla buona fede ed all'equità, incidono dunque sull'autonomia negoziale, limitandone il vigore e la centralità che la

¹³ A. D'Angelo, op. cit., pag 4.

caratterizzano, mediante nuove regole che, intervenendo sui rapporti quantitativamente e socialmente più rilevanti, hanno svelato l'insidia della visione liberista, perché non esiste in effetti effettiva uguaglianza, almeno in certi settori predeterminati, laddove uno dei contraenti opera oggettivamente in posizione di debolezza.

Ed ecco dunque l'introduzione di meccanismi idonei a superare la disparità di potere contrattuale fra le parti, ovvero l'equivalenza dei valori scambiati nel negozio¹⁴, al di là delle previsioni codicistiche che assicurano l'equilibrio contrattuale, per definizione rimesso alla decisione delle parti, attraverso gli strumenti tradizionali della rescissione e della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta. L'"eccessivo squilibrio" non invalida il contratto, che resta espressione massima della libera determinazione delle parti, che ne rappresenta l'essenza, ma travolge la clausola che lo determina¹⁵.

La partecipazione dell'Italia alla Comunità Europea e quindi all'Unione Europea, manda in crisi un modello contrattualistico fondato solo sulla libera contrattazione, in ragione di una maturata consapevolezza che lo spazio in cui convergono le transazioni fra privati è il mercato, ove si misurano gli obiettivi dei soggetti e la forza di ciascuno di perseguirli. La standardizzazione e massificazione dei rapporti impongono al legislatore, sempre più sollecitato da un diffuso bisogno di giustizia avvertita nella vita di relazione, una forma d'intervento sulla contrattazione, che, benché intessuta secondo una trama di prassi, resta pur sempre la sede esclusiva della regolamentazione degli interessi e dunque è fonte di un vincolo cogente, improntata ad un'esigenza effettiva di

¹⁴ La prima ipotesi ricorre nel caso della legislazione consumeristica, la seconda nel caso della legislazione sull'equo canone.

¹⁵ Riccio, *La clausola di buona fede è dunque un limite all'autonomia privata, Contratto e impresa*, 1999, p.22.

giustizia, intesa come equilibrio nello scambio, ma nell'ottica per così dire classica della buona fede, equità, e proporzionalità, nonché di correttezza e trasparenza nella fase formativa, incidendo sulle disuguaglianze che possano influire sul sinallagma.

In ambito comunitario, sensibile a questa esigenza, l'Istituto Internazionale per l'unificazione del Diritto Privato (*Unidroit*), all'art 3.10 dei Principi di Unidroit infatti definisce "*gross disparity*" il significativo squilibrio originario nell'ambito delle negoziazioni internazionali, ed attribuisce alla parte che si trova sottoposta ad abusi contrattuali la possibilità di chiedere l'annullamento, o l'intervento riequilibratore del giudice allorquando il contratto attribuisca alla parte che approfitta della propria posizione di predominio ingiustificati vantaggi.

Nell'ordinamento interno, che ha recepito mediante leggi di attuazione le direttive comunitarie, significative sono, in materia di subfornitura, la legge n.192 /1998, che all'art. 9 pone il divieto dell'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice, definendo lo squilibrio come la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei confronti dell'altra, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi; ed ancora il d.lgs. n.231/2002, che disciplina i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali prevedendo la nullità di qualsiasi accordo sulla data di pagamento o sulle conseguenze del ritardo, se gravemente iniquo, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura delle merci o dei servizi, agli accordi sui pagamenti e alle conseguenze sui ritardi, nonché ogni altro punto gravemente iniquo per il creditore. Ma soprattutto la disciplina delle clausole vessatorie di cui all'art. 1469 bis c.c. (ora trasfuso nell'art.33 Cod..Consumo entrato in vigore con il d. lgs. n.206 del 2005), che sancisce che

“nel contratto concluso tra consumatore e professionista che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”, e tutela dunque la posizione del consumatore, considerato come colui che opera in situazione di disparità e inesperienza contrattuale.

Non meno sensibile è stato l’apporto della giurisprudenza che, impostata sull’esigenza di dare concretezza ai principi di equilibrio e giustizia dello scambio al di là delle situazioni, anche patologiche, espressamente previste, ha valorizzato¹⁶ il principio della buona fede, come strumento di realizzazione di giustizia fondata sui principi di solidarietà sociale sanciti dalla Carta Costituzionale, incidendo così, in modo sempre più ingerente, nel tessuto della disciplina predisposta dalle parti, al fine di constatare e sanzionare abusi e sperequazioni. In questo senso, l’intervento del giudice ha operato secondo criteri “riduttivi integrativi” dell’autonomia privata, come proiezione di controllo sugli atti posti dai contraenti in aderenza alla nuovo spirito del diritto dei contratti, attento al ruolo della persona nel mercato, e, in senso speculare, alla funzione del mercato per la persona.

Nel nuovo scenario, e normativo e delineato nel diritto vivente, il problema del contratto giusto ha rappresentato il fulcro di un’attenzione sempre più avvertita, e la giustizia contrattuale, pur non trovando collocazione in alcuna fonte positiva, ha operato come canone guida che ha aperto anche il sindacato giudiziario all’apprezzamento di valori ampi e suggestivi, nel quale convergono prospettive etiche, economiche, ideologiche oltre che giuridiche, mediante utilizzo di

¹⁶ Sopra ,capitolo 4 paragrafo n. 2.

standards sociali, metro di valutazione di comportamenti ed interessi¹⁷ nella fase normativa del contratto, ovvero in una prospettiva economica delle condizioni dello scambio, ancorata agli stessi indici offerti dal mercato e dalla prassi contrattuale. Per evidente corollario, la formulazione concettuale della giustizia non è dunque altro che il risultato della sintesi dei valori civili, etici ed anche economici, che, nella ricerca di un riscontro positivo, trova il suo addentellato sia nell'art. 2 della nostra carta fondamentale, sia nella clausola generale di buona fede ed equità, cui viene affidato un ruolo imperativo.

In conclusione, la giustizia contrattuale coincide con l'equilibrio contrattuale.

Il contratto giusto è con buona probabilità un contratto equilibrato sotto il profilo economico o normativo, un contratto squilibrato può essere un contratto ingiusto, ma può anche essere giustificabile in concreto. Il punto di riferimento sarà allora l'insieme dei valori espressi secondo le regole che assicurano il corretto funzionamento del mercato, utili ad apportare i dovuti correttivi, sempre che la divergenza rispetto ai valori di mercato della disciplina contrattuale non sia però indizio di un'anomalia nella fase attinente alla formazione del contratto.

¹⁷ Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, *Rivista di diritto privato*, n.1/ 2000 pag. 21ss.

Capitolo II

I CONTRATTI A PRESTAZIONI CORRISPETTIVE

Se la nozione di contratto come atto è enunciata dal legislatore, che all'articolo 1321 c.c. lo definisce come "l'accordo di due o più parti per costituire regolare estinguere un rapporto giuridico patrimoniale tra loro", è stato invece compito essenzialmente della dottrina l'elaborazione secondo varie classificazioni, ormai acquisite alla scienza giuridica, in una catalogazione fondata sui suoi elementi, che secondo la tradizione risalente al medioevo si distinguono in "essentialia - naturalia et accidentalia negotii", sugli effetti che ne scaturiscono, sulla determinazione del suo contenuto.

Restando sul piano strettamente giuridico¹⁸, avuto riguardo al "numero" delle prestazioni che da esso traggono origine, è stata elaborata la nozione di contratto a prestazioni corrispettive, detto anche contratto sinallagmatico, distinguendolo essenzialmente da quello c.d. unilaterale "connotato dalla prestazione a carico di una sola parte" e dunque enucleandolo, come categoria, da quella più lata del contratto bilaterale, riferendola alla sola ipotesi in cui le attribuzioni patrimoniali sono tra loro in rapporto di causalità¹⁹.

La bilateralità che ci interessa è chiaramente quella che si riferisce non già alla pluralità dei voleri che pongono in essere il negozio, siccome da questo punto di vista il contratto è sempre e necessariamente un negozio bilaterale, ma agli effetti

¹⁸ Alle due nozioni indicate di contratto come atto e come regolamento giuridico, si affianca la nozione di contratto come operazione economica, e cioè come "sequenza unitaria composta", in cui rilevano anche i comportamenti delle parti, che concorre a definire la rilevanza sostanziale dell'atto nella sua dinamica e consente di coglierne la funzione (Gabrielli, *il contratto e le sue classificazioni*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Rescigno, Vol. I, Torino, 1990, pag. 49).

¹⁹ Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1960, pag. 226 .

che esso produce. L'approccio, insomma, non interessa la fase genetica del contratto bensì quella funzionale.

Della definizione di sinallagma non v'è enunciazione espressa nella disciplina positiva, neppure nell'art. 1453 c.c. che infatti, laddove stabilisce che la risoluzione per inadempimento può trovare applicazione solo per i contratti a prestazioni corrispettive, non ne fa menzione né ne offre la nozione espressa.

La sua accezione, riferita ovviamente alla sola categoria di contratti suddetta, nel comune contenuto semantico indica un legame tanto stretto fra prestazione e controprestazione (*obligatio utroque citroque*), segno di un collegamento molto più intenso della coesistenza reciproca che tra esse deriva dal vincolo contrattuale²⁰. Vantaggio e sacrificio devono essere collegati secondo un nesso di causalità, in funzione di attuazione di uno spostamento di attribuzioni patrimoniali, sicché intanto il sinallagma può esistere in quanto il contratto non sia a causa gratuita.

Il codice vigente ha attuato una distinzione fra contratto bilaterale e contratto sinallagmatico, non presente nel vecchio codice del 1865 che invece non li differenziava, al fine precipuo di configurare una categoria distinta rispetto al contratto bilaterale, rispetto al quale differisce non già nell'essenza ma nel modo di essere²¹.

Per meglio chiarire, se intendiamo il termine prestazione come oggetto del contratto, allora il contratto a prestazioni corrispettive racchiude in sé anche la categoria dei contratti con effetti reali e non solo quella a efficacia obbligatoria, in una prospettiva, perciò, più ampia di quella assegnata ai contratti bilaterali del codice del 1865.

²⁰ Trabucchi, *Istituzione di diritto civile*, Padova, 1999, pag. 668 .

²¹ Cataudella, *Bilateralità corrispettività e onerosità*, Studi Senesi, 1968 pag. 230.

Ciò di certo non comporta però che il contratto bilaterale perda completamente la sua autonomia fino al punto di assorbirsi in quello sinallagmatico; e difatti, sebbene nel nostro codice vi siano norme che si applicano soltanto ai contratti a prestazioni corrispettive- per esemplificare le disposizioni contenute negli artt. 1453 a 1468 c.c.-, vi sono però altrettante disposizioni che si applicano solo ai contratti unilaterali (art 1333 cc. in tema di obbligazioni a carico del solo proponente).

Se ne ricava che, se sussiste una differenziazione sul piano effettuale fra contratto bilaterale ed unilaterale, questa esiste anche sul piano causale, onde l'autonomia del contratto bilaterale sia pure limitata rispetto ai contratti sinallagmatici, e la loro distinzione come categorie operanti su piani diversi.

L'essenza della corrispettività non è però semplicisticamente individuata, tant'è che nel panorama del dibattito dottrinario apertosi sul tema, ci si è chiesti se la <corrispettività>, che comunemente è intesa, come si è rilevato, come <reciprocità> (*alter alteri obligari*), debba sussistere:

A - tra le obbligazioni delle parti, come nei contratti bilaterali; B - tra le prestazioni delle parti, come nei contratti a titolo oneroso; C - tra le attribuzioni patrimoniali.

Resta chiaro in ogni caso che il sinallagma presuppone sia l'"onerosità" del contratto, che è categoria che eccede quella del contratto bilaterale, sia la stessa bilateralità del contratto, intesa in senso oggettivo, il che però non rende sufficiente il mero dato dell'esistenza di prestazioni a carico delle due parti per qualificare il negozio a prestazioni corrispettive (è agevole far riferimento al caso

della donazione modale, tipico atto gratuito, nel quale l'onere- il modo- non costituisce il corrispettivo dell'attribuzione donativa)²².

Si è detto²³ anche che la corrispettività ricorre quando ciascuna prestazione è causa dell'altra, ma la tesi non è apparsa del tutto appropriata, in quanto sembrerebbe richiamare la superata concezione che ravvisava una causa distinta per ciascuna obbligazione contrattuale; ovvero che consiste nell'interdipendenza delle prestazioni secondo altra formula, cui si è invece obiettato che l'interdipendenza è una regola che consegue alla corrispettività delle prestazioni e la presuppone, né, peraltro, è esclusiva dei contratti a prestazioni corrispettive, sicché non può servire a identificare il concetto stesso di corrispettività. Si consideri, infatti, che, quale vincolo di reciproco condizionamento, l'interdipendenza si riscontra in tutti i contratti in cui la prestazione di ciascuna parte assume un'importanza determinante per la realizzazione della causa, come

18 L'art.793 c.c difatti prevede che per ottenere l'adempimento del modus può agire oltre il donante, qualsiasi altro interessato, anche durante la stessa vita del donante. La risoluzione per inadempimento dell'onere può essere richiesta dal donante o dai suoi eredi, solo se prevista nell'atto di donazione. Si comprende allora come il modus, pur implicando per il donatario l'adempimento di una prestazione in vista di una finalità ulteriore prevista dal donante, trattandosi di una disposizione accessoria non rende onerosa una disposizione gratuita. La categoria dei contratti gratuiti ha infatti una logica ben precisa, e più ristretta anche di quella del contratto con prestazioni a carico di una sola parte.

L'individuazione della corretta causa giuridica- gratuita o onerosa- sul piano tecnico giuridico incide notevolmente. V'è da dire al riguardo che, mentre alcune differenze riguardano le due categorie in senso generale, specifiche sono le previsioni che concernono il tipico negozio gratuito, vale a dire la donazione. La particolarità si coglie in ordine alla capacità di agire, laddove sono valide le donazioni fatte dal minore capace di contrarre matrimonio o dall'inabilitato nel contratto di matrimonio (artt. 165, 166 e 774 c.c.). Ancora, in deroga alla norma generale per cui l'incapacità naturale dà luogo all'annullabilità del negozio purché risulti la mala fede dell'altro contraente (art. 428 c.c.), è statuito che nelle donazioni si fa luogo all'annullabilità in base alla sola incapacità (art. 775); per le donazioni è rilevante l'errore sul motivo purché risulti dall'atto e sia stato determinante (art. 787 c.c.), ovvero, in deroga all'art. 1345 c.c., la nullità del motivo travolge l'atto se risulta da esso ed ha determinato la volontà del donante; la forma non è libera, poiché l'atto è solenne, dovendo redigersi a pena di nullità sotto forma di atto pubblico. Mentre nei contratti onerosi opera la garanzia per evizione, nelle donazioni essa è dovuta solo se è espressamente promessa dal donante, ovvero se l'evizione dipende da dolo o da fatto proprio del donante, oppure se vi sono oneri o si tratta di donazione remuneratoria. Nell'adempimento, infine, mentre di regola il debitore è responsabile per colpa lieve (artt. 1176 e 1219 c.c.), nelle donazioni la responsabilità è configurabile solo per colpa grave (art. 789 c.c.) e in alcuni negozi a titolo gratuito, come il deposito o il mandato anche per colpa lieve, ma con alcuni temperamenti (artt. 1710 e 1768 c.c.). Le distinzioni sono tratte da Cariota Ferrara, op. cit., pag. 231.

19 Bianca, *Diritto civile*, vol.III, *Il contratto*, Milano 2000, pag.489, cita Cataudella, *Bilateralità corrispettività e onerosità del contratto*, I, in *Scritti per Scaduto*, Padova, 1970 pag. 223.

avviene nel contratto di società, che certamente non è a prestazioni corrispettive, in cui la prestazione di ciascuno dei soci può essere talmente importante per l'economia del contratto da condizionare l'attuazione del programma sociale e, pertanto, da influenzare le prestazioni degli altri.

Ancora si è definita la corrispettività come il nesso di reciprocità delle prestazioni. Quale che sia la scelta che s'intende preferire, è chiaro che parliamo di una figura contrattuale ben delineata e specifica, avente una sua peculiarità, reincarnazione, per i più, del contratto bilaterale disciplinato dal codice civile abrogato, a cui proposito la dottrina dell'epoca elaborò il concetto di obbligazioni reciproche. E dunque, al di là dell'opzione esegetica che si preferisca, non si può comunque cogliere il suo senso se non si hanno chiari i concetti di onerosità, e biteralità.

L'onerosità distinta dalla bilateralità era molto importante nel vecchio codice poiché esso limitava alla seconda categoria la risoluzione per inadempimento (c.d. condizione risolutiva tacita- art. 1165 cod. civ. 1865)²⁴.

Nella disciplina attuale, la nozione di onerosità solitamente è riferita al contratto in cui ciascuna parte subisce un sacrificio patrimoniale- depauperamento- allo scopo di procurarsi un vantaggio corrispondente, ossia di ricevere un'attribuzione patrimoniale, o comunque un arricchimento²⁵. Sacrificio e vantaggio stanno in un rapporto di equivalenza, o di così detto equilibrio contrattuale, ed è sufficiente che tale equivalenza sia soggettiva, senza che sia necessario che essa sia anche oggettiva. Non è perciò oneroso il contratto quando vi è una prestazione da una parte ed un'obbligazione dall'altra che non ha funzione di attribuzione patrimoniale, e sono, dunque, gratuiti il mutuo senza interessi ed il comodato, pur importando una prestazione a carico di un parte- mutuante e comodante- ed

²⁴ Cariota Ferrara, op. cit., pag. 227.

²⁵ La definizione è di Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. V, Milano, 1962, pag. 169.

un'obbligazione, quella di restituzione della *res*, a carico dell'altra- mutuatario e comodatario-, siccome non si determina un sacrificio corrispondente allo svantaggio che la dazione della cosa ha comportato per controparte. Nel contratto oneroso, alla prestazione principale dell'una parte, in sostanza, deve corrispondere la prestazione principale dell'altra.

Sarebbe troppo semplice però affermare che poiché nel contratto oneroso ciascuna parte riceve una prestazione in cambio di quella che adempie, necessariamente le due prestazioni corrispondono. È piuttosto altro il dato saliente, e cioè che il concetto di contratto oneroso ha una comprensione logica lata e generale, che abbraccia sia i casi in cui le due prestazioni sono tra loro equivalenti e correlate in senso inscindibile, sia i casi in cui tali caratteristiche non siano rinvenibili. Può darsi talvolta che pur ricevendo una parte un vantaggio come contropartita del suo sacrificio, il contratto preveda una sola prestazione, e non va taciuto, seguendo il medesimo ordine di idee, che può aversi persino un negozio unilaterale oneroso²⁶. Per taluno questo requisito è stato soggettivato, invocandosi il concetto della cosiddetta equivalenza soggettiva²⁷, nel senso che <le parti devono essere d'accordo nel vedere nell'una obbligazione il corrispettivo dell'altra>, il che esclude che sia richiesta anche un'oggettiva equivalenza dei valori delle prestazioni²⁸. Come acutamente si è osservato²⁹, l'equivalenza soggettiva, intesa come soggettivizzazione del rapporto esistente fra le attribuzioni patrimoniali, consente di distinguere dai contratti onerosi quei negozi liberali che pur

²⁶ Es. il contratto di mutuo con interessi. L'articolo 1813cc. lo qualifica come quel contratto, con cui una parte, consegna all'altra una quantità di denaro o altre cose fungibili, e altra si obbliga a restituirne altrettante della stessa specie e qualità. L'art. 1815cc specifica che salvo diversa volontà delle parti, il mutuario deve corrispondere gli interessi al mutuante.

²⁷ Cariota Ferrara, op. cit., 228.

²⁸ A conferma Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, pag. 206, rileva che la disciplina positiva in materia di rescissione avvalsa la tesi dell'irrelevanza dell'equivalenza oggettiva dal momento che essa accorda la tutela alla parte che si sia trovata in stato di necessità o di bisogno.

²⁹ Carioca Ferrara, op. cit., pag. 230.

prevedono un'obbligazione a carico della parte destinataria del vantaggio patrimoniale. L'esempio più calzante è quello della donazione modale, di cui già si è detto, in cui il donatario è tenuto a conferire una prestazione, realizzando un'attribuzione patrimoniale a favore di un dato soggetto, che però non è in rapporto di causalità con la prestazione da esso ricevuta, dal momento che non ne rappresenta il corrispettivo ma piuttosto una limitazione.

Se il requisito che caratterizza il negozio oneroso è la presenza del corrispettivo dell'attribuzione patrimoniale oggetto della prestazione ovvero dell'obbligazione assunta, sarebbe però semplicistico intenderlo come diretta ed attuale prestazione, giacché può anche raffigurarsi ed attuarsi non solo attraverso la costituzione di un'obbligazione avente per oggetto la prestazione, ma anche a mezzo l'estinzione di una tale obbligazione e quindi la liberazione del debitore³⁰.

Ai fini dell'onerosità è indifferente che il vantaggio dato in corrispettivo del sacrificio vada alla parte o per volere delle parti ad un terzo, e del pari è irrilevante che il negozio sia unilaterale o non, poiché ciò che rileva è che sorga, a carico dell'un soggetto destinatario del vantaggio derivante dalla prestazione data o promessa, un'attribuzione patrimoniale casualmente corrispettiva ad essa.

Per esemplificare, si è rilevato che nella promessa al pubblico a favore di chi compie una determinata azione- art. 1987 c.c.- si ha onerosità se tale azione è in funzione di attribuzione corrispettiva concepita dal promettente come equivalente del sacrificio, ovvero così intesa o da intendersi, in base a comuni criteri, da colui che ha compiuto l'azione.

Necessario è a questo punto chiarire un altro concetto, il rapporto di *genus a species* fra onerosità e corrispettività.

³⁰ Nega tale carattere oneroso all'adempimento Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano 1947, pag. 209.

Una più recente dottrina³¹ ha evidenziato che i problemi risolti dal legislatore sono diversi se riguardano la sfera dell'onerosità e della gratuità, rispetto alla sfera della corrispettività (basta pensare alla diversità in tema di responsabilità e di garanzia, di rilevanza nell'ambito dei motivi, alla scelta del criterio interpretativo); ma tale rilievo non giustifica la soluzione che non vede un rapporto di genere a specie fra onerosità e corrispettività. Tale affermazione sarebbe corretta solo se si negasse che i contratti sinnallagmatici rientrano nell'ambito dei contratti onerosi, se però si capovolge tale argomentazione allora tale deduzione non troverebbe spazio.

La categoria³² dei contratti sinallagmatici infatti si caratterizza per il reciproco scambio, ma se tale caratteristica è sempre ricorrente per tali contratti, non è sempre presente nei contratti a titolo oneroso. Se è vero infatti che i contratti a prestazioni corrispettive sono sempre onerosi, come si può vedere da numerose fattispecie del codice civile che offrono rimedi a questo problema (risoluzione per impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità, articolo 1463-1467cc. rescissione del contratto 1447-1448cc.) non è vero l'opposto, e cioè che i contratti onerosi sono sempre corrispettivi.

Una parte della dottrina³³ ha identificato l'onerosità nell'equivalenza oggettiva o soggettiva dei valori, ma tale caratteristica non è sempre presente nei contratti a prestazioni corrispettive e tanto più nei contratti a titolo oneroso che non richiedono necessariamente la reciprocità degli scambi.

Si comprende allora che se è vero che i contratti sinallagmatici sono sempre onerosi non è sempre vero l'opposto, come emerge dall'esempio del contratto di

³¹Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione nel mercato*, Milano 1992, pag. 82.

³²Cataudella, op. cit., pag. 236

³³Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol.II, Milano, 1948, pag. 286.

società³⁴ in cui è presente l'onerosità ma non la corrispettività delle prestazioni. Ed allora, il rapporto fra corrispettività e onerosità è un rapporto di specie a genere, nel senso che i contratti sinallagmatici rientrano nell'ambito dei contratti onerosi, evidentemente non può essere vero l'inverso.

La conclusione che si trae da questa panoramica è che il contratto con prestazioni corrispettive rappresenta un *genus* che comprende il contratto bilaterale, ma a sua volta è un *species* del contratto oneroso. Se onerosità è equivalenza, soggettiva o oggettiva, fra vantaggi e sacrifici che derivano dalle opposte prestazioni, ciò non è sufficiente a qualificare il contratto oneroso anche sinallagmatico, poiché esso è tale solo se le prestazioni sono volute e considerate tra loro interdipendenti, di modo che l'una trovi la causa e giustificazione nell'altra attraverso un nesso che collega vantaggi e sacrifici.

Secondo la dottrina³⁵, il sinallagma origina dunque un rapporto di corrispettività, immediata, teleologica, temporale ed economica perchè l'utilità viene conseguita da una parte con l'esecuzione della prestazione da parte dell'altra

³⁴ Secondo l'art. 2247c.c. il contratto di società è quel contratto con il quale due o più persone conferiscono beni o servizi, in vista di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili. E' il tipico esempio di contratto, che pur essendo oneroso, non presenta il nesso sinallagmatico fra le prestazioni, essendo queste dirette ad un'attività economica futura. Il contratto associativo si differenzia pertanto dal contratto sinallagmatico, non solo per quanto riguarda la struttura soggettiva, essendo il primo caratterizzato dalla pluralità di soggetti mentre il secondo per la presenza di due parti antagoniste, ma anche per il fine teleologico in quanto mentre nel primo caso le parti perseguono uno scopo comune, nel secondo ciascun contraente persegue uno scopo proprio ed esclusivo. La conflittualità fra gli interessi per vero la si ritrova anche nel contratto di società, basta pensare alle società di capitale spesso caratterizzata da forte contrasti fra soci di maggioranza e minoranza. Infatti spesso mentre alcuni soci ambiscono ad ottenere il massimo utile con il minimo conferimento, altri vogliono rafforzare la propria posizione all'interno della società. Tutto ciò comunque non esclude che sebbene il contratto nel associativo non manca di un potenziale conflitto d'interessi, tuttavia questo non sussiste allorquando i soci perseguono uno scopo comune. La funzione tipica del contratto di società è infatti la presenza di uno scopo comune e se questo manca si determina la nullità del contratto, essendo la possibilità di divergenza d'interessi solo eventuale. I rimedi previsti in caso d'inadempimento del singolo socio sono l'esclusione dalla compagine societaria, oppure lo scioglimento della società nel caso in cui risulta impossibile raggiungere lo scopo. Da qui se ne ricava che mancando in questa tipologia di contratti un rapporto di reciprocità fra le prestazioni, non si pone alcun problema di equilibrio contrattuale, ed infatti non trovano applicazione i rimedi riequilibratori previsti dagli art. 1447- 1448 e 1467c.c.

³⁵ La classificazione è di Gatti, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti a prestazione corrispettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1963 pag. 424 citato da Camilletti, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano 2004, pag. 19.

(immediata), ciascuna parte contrae al fine di procurarsi un'attribuzione (teleologica) contemporanea (temporale), ed il valore di ciascuna prestazione di cui entrambi i contraenti sono creditori, è in rapporto con la diminuzione patrimoniale che essi subiscono per effetto dell'adempimento della prestazione di cui sono debitori (economica).

Quest'ultima prospettiva è quella che maggiormente assume importanza ai fini dell'equilibrio contrattuale, in quanto, realizzandosi la causa di scambio, il valore delle prestazioni sulla base delle valutazioni degli interessi in gioco, deve essere omogeneo³⁶; in ultima istanza, si può dire che il prezzo delle relative attribuzioni è valutato secondo un parametro "costo-benefici"; in base ad un'analisi preventiva dei rispettivi rischi.

Questa tipologia di contratti, detta anche commutativi³⁷, si qualifica essenzialmente per la sua differenza rispetto ai contratti aleatori ai quali, sebbene facenti parte del più ampio *genus* dei contratti a prestazioni corrispettive, non si applicano le norme contenute negli artt. 1447-1448 e 1467 c.c., vale a dire la rescissione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Nei contratti commutativi, la valutazione del rispettivi rischi si compie nel momento stesso in cui il negozio si perfeziona, laddove, in quelli aleatori, l'entità della prestazione dipende da fattori incerti e ignoti alle parti, essendo questa rimessa alla sorte, che diventa perciò un elemento essenziale del rapporto,

³⁶Camilletti, op. cit., pag.23.

³⁷ E' opportuno precisare che i contratti sinallagmatici, sono normalmente commutativi, infatti ogni accordo che realizza lo scambio fra prestazioni si presume sinallagmatico e non aleatorio essendo conforme al principio *id quod plerumque accidit*, che il rischio di ciascuna parte dei rispettivi vantaggi e sacrifici sia valutato, al momento della conclusione del rapporto.

caratterizzando il contratto nella sua interezza, cosicché per la sua stessa natura diventa incerto il vantaggio economico³⁸ conseguibile.

Un contratto commutativo può diventare anche successivamente aleatorio, per volontà delle parti³⁹, ma in questo caso restano esclusi i rimedi della rescissione e risoluzione del contratto, nella parte riguardante l'alea perché, essendo il rischio di un eventuale squilibrio contrattuale voluto dalle parti, divenendo parte stesso del contratto, non possono operare gli strumenti volti ad eliminarlo.

Avendo cercato di chiarire il concetto di corrispettività in rapporto alle altre figure contrattuali, resta da specificare il significato di proporzione fra le prestazioni nel contratto sinnallagmatico.

³⁸Il rischio, può coinvolgere anche una sola parte, non essendo necessario che interessi entrambi i contraenti.

³⁹ Cass. Civ. sent. 26-1-1993 n.948.

La proporzionalità fra le prestazioni

A questo punto, chiariti i margini per la corretta individuazione del requisito della corrispettività, residua la questione se la nozione vada riferita non solo al nesso d'interdipendenza, ma anche all'equivalenza fra le prestazioni⁴⁰, ovvero se questa caratteristica sia un di più che si aggiunge alla corrispettività, senza poter da essa prescindere.

Si osserva in dottrina⁴¹, come si è già detto nel capitolo precedente, che in verità l'intera disciplina dei rapporti economici nel codice civile del '42 è caratterizzato da un non rilevante interesse del legislatore rispetto al problema di garantire la proporzione fra i valori scambiati; ai sensi dell'art 1325 c.c., infatti, il contratto deve avere una causa lecita ma non necessariamente una causa adeguata.

Così gli studiosi, almeno fino agli anni '70, hanno sostenuto che l'esistenza della causa, e non l'adeguatezza fra le prestazioni, costituisce requisito di validità del contratto; è certo, infatti, che il legislatore non appresta rimedi per scardinare la forza di legge attribuita al contratto dall'art. 1372 c.c. nei casi in cui una delle parti si avveda, nel corso dell'operazione cui ha dato inizio il rapporto contrattuale, che lo schema attuato non è adeguato a perseguire l'obiettivo cui mirava.

Eppure la sopravvenienza, che ha rilevanza decisiva sul piano economico, non può di certo non incidere anche su quello strettamente giuridico. Il problema è dunque quello di coordinare il principio anzidetto della forza di legge, in modo da consentire a taluno dei contraenti una forma di *jus poenitendi*, oltre il limite del

⁴⁰ Cariota Ferrara, op. cit., pag. 222 Per l'autore, nel sinallagma non è necessariamente presente l'equivalenza oggettiva dei valori, argomentando che gli art. 1447 e 1448 cod. civ nascono come strumenti di tutela di un contratto a prestazioni inique laddove, è presente la corrispettività intesa in senso soggettivo

⁴¹ Lanzillo, *La proporzione nei contratti a prestazioni corrispettive*, Padova, 2003, pag 47.

recesso e dei rimedi solutori, ora consentiti nell'attuale disciplina, coordinandolo con quello dell'equilibrio tra le prestazioni, inteso come rapporto di equivalenza. È certo che al di là della patologia derivante dall'erronea rappresentazione di qualche dato reale, decisivo per la formazione dell'atto, lo sviluppo del rapporto può avere un'evoluzione non rispondente all'iniziale rappresentazione ed incidere negativamente sulla sua autonomia, il che avviene solitamente nei contratti di durata.⁴² In questo caso occorre individuare i limiti entro cui questa vicenda può essere fatta valere per sciogliersi dal vincolo, in modo però da assicurare la corretta mediazione fra l'esigenza della certezza dei rapporti giuridici, in ragione della protezione anche degli interessi dei terzi, e la tutela degli interessi individuali, lesi da iniziali errori di valutazione dovuti a circostanze sopravvenute. Il tracciato di questa indagine muove necessariamente dal concetto di equivalenza o proporzionalità fra le prestazioni che derivano dal contratto, che è requisito di cui si può discutere, in quanto esista fra le stesse il requisito della corrispettività, che lo contiene ma non lo esaurisce.

Per esser chiari, se con quest'ultima nozione, come abbiamo detto, intendiamo riferirci al fatto che una prestazione trova remunerazione nella controprestazione⁴³, l'altra definizione ha un contenuto diverso riferendosi, dal lato oggettivo alla corrispondenza del valore economico delle due prestazioni, e dal lato soggettivo all'equilibrio dei valori fissati nel contratto, ma la presuppone, non potendo discutersi sull'esistenza della proporzionalità fra le attribuzioni patrimoniali discendenti dal contratto, se esse non sono inscindibilmente correlate.

Non si tratta in verità di un dato testuale. Questa conclusione non è, infatti, sancita in alcun disposto letterale, siccome, il requisito non è necessariamente imposto dal

⁴² Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del mercato*, Milano, 1992, pag. 4; Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, *Riv. dir.civ.*, 1938, pag. 326.

⁴³ la definizione è Bianca, *Diritto civile*, vol.III, *Il contratto*, Milano 2000, pag. 488.

legislatore nella sede in cui disciplina gli effetti giuridici derivanti dal vincolo di corrispettività, né sotto il profilo oggettivo, neppure nei contratti commutativi o onerosi, pur essendovi figure negoziali di scambio nelle quali il prezzo è imposto d'autorità e non è negoziabile.

Tanto meno rappresenta requisito necessario del contratto l'equivalenza soggettiva, che viene identificata con la corrispondenza iniziale dei valori risultanti dalla valutazione delle parti, che però ritiene irrilevante, dal momento che non può escludersi l'iniziale consapevolezza dello squilibrio, ovvero come reciproca convenienza soggettiva, al punto che infine, finisce con l'esprimere <semplicemente l'idea dell'insussistenza di una necessaria corrispondenza oggettiva di valori, o, senz'altro, l'idea della libertà delle parti di fissare il corrispettivo della prestazione che costituisce in effetti la regola>.

Da ciò si ricava che, sia se ci riferiamo alla proporzionalità in senso oggettivo, sia che la si prenda in considerazione in senso soggettivo, il contratto a prestazioni corrispettive indica lo scambio in senso giuridico non economico tra le prestazioni, ossia lo strumento negoziale tramite cui attuare lo spostamento di beni o servizi⁴⁴. E da ciò deriva l'assioma che non necessariamente corrispettività indica proporzionalità

Tuttavia, non deve ritenersi immanente al contratto da cui derivino contrapposte prestazioni l'esigenza di prevenire un ingiustificato arricchimento del patrimonio del debitore, in nome del principio generale ed obiettivo della commutatività degli arricchimenti, per il quale ogni arricchimento deve trovare la sua contropartita in quello dell'altro, a meno che il negozio non abbia natura liberale⁴⁵, ovvero

⁴⁰ Pino, *Il contratto a prestazioni corrispettive, Biteralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova 1963, pag. 141.

⁴⁵ Gorla., *Del rischio e del pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, pag. 127.

aleatoria (vedi precedente paragrafo) La rilevanza attribuita alla reciprocità degli arricchimenti non vuol dire, tuttavia, che il contratto rappresenta un'operazione solo economica di scambio dei beni o dei servizi che ne rappresentano l'oggetto, poiché è piuttosto il fenomeno giuridico da cui l'operazione trae origine, identificato nell'accordo che definisce quali sono le attribuzioni patrimoniali che a ciascuna parte compete in forza della prestazione che le è dovuta.

Il rapporto contrattuale non è infatti una mera risultante di leggi economiche⁴⁶, poiché è solo dal contratto che discende il diritto delle parti di pretendere la prestazione ovvero la sua modifica o integrazione. Le leggi economiche, piuttosto, e non solo esse, possono interferire nella determinazione volitiva in cui si esprime il potere decisionale delle parti, ben potendo intervenire, nel contesto sociale in cui l'atto s'inserisce, anche motivazioni di carattere sociale che privilegino le esigenze di tutela del contraente più esposto, in ragione della salvaguardia del principio della solidarietà, di cui l'ordinamento non può non tener conto.

Deve tuttavia rilevarsi, che sebbene come sopra scritto il concetto corrispettività non implica necessariamente una coincidenza economica fra le rispettive prestazioni, l'importanza di quest'aspetto si è sviluppato soprattutto in materia dei rimedi sanciti in caso d'inadempimento, in quanto mira ad offrire una razionalizzazione oggettiva della disciplina normativa <indicando o spiegando soluzioni giuridiche ottimali sul piano economico> . Da qui i rimedi predisposti dal legislatore, della rescissione e risoluzione del contratto.

⁴⁶ Bianca, op. cit., pag. 27.

Capitolo III

RIMEDI PREVISTI A TUTELA DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE

SECONDO IL CODICE CIVILE

Le considerazioni sinora svolte consentono di affermare che nei contratti <a prestazioni corrispettive> l'un contraente assume su di sé un sacrificio, affinché dalla sua controparte riceva un controsacrificio, i cui effetti non si esauriscono al momento della conclusione del negozio, ma acquistano rilievo nel corso della sua esecuzione. In ragione di tanto, il legislatore ha ritenuto necessario offrire il rimedio che ha individuato congruo, rispetto alle aspettative del soggetto che si è assunto un carico obbligatorio, nel caso in cui non sia invece riuscito ad ottenere il vantaggio che gli era stato promesso, e che a buon titolo si aspettava, consentendogli di liberarsi dal vincolo derivante dal contratto.

Cominciano con l'esaminare la figura della rescissione, perché nell'evoluzione storica degli strumenti che operano in questo senso, l'istituto appare il più antico. La sua elaborazione nella previsione del nostro codice civile del'42 è stata influenzata dalla soluzione del codice civile germanico, a cui con ogni probabilità si deve la trasformazione da rimedio speciale, posto a tutela della proprietà immobiliare, ad impugnativa di carattere generale contro le anomalie nella formazione del contratto che, pur non rientrando nei veri e propri vizi della volontà, abbiano determinato la previsione di scambio sperequati.

Già nel progetto italo-francese di un codice unico delle obbligazioni e dei contratti, elaborato nel 1926, all'art. 22 si era prevista un'azione generale d'impugnazione dei contratti lesivi, per qualunque causa che potesse far presumere una menomata libertà del consenso, che doveva operare, entro il termine, molto breve, di un anno dalla conclusione del contratto, che peraltro non

si applicava alla relativa eccezione, contrariamente a quanto poi disposto dall'art 1449 2° comma del codice civile del 1942, senza che la lesione superasse un livello predeterminato, qualificandola come annullamento, anziché come nullità, attribuendo al contraente leso anche il diritto di chiedere la riduzione della prestazione eccessiva.

Anche il codice penale si era occupato della materia, prevedendo il delitto di usura nell'art 644, alla cui stregua la giurisprudenza civile, pur in assenza di un'azione tipica operante nella sfera privatistica, aveva più volte affermato la nullità dei contratti usurari per illiceità della causa.⁴⁷

⁴⁷ Lanzillo, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003 pag.21. Rievoca l'exkursus storico della vicenda giuridica riguardante il delitto di usura e comunque la sua rilevanza sul piano degli effetti giuridici anche privati, ricordando che L'istituto risale al diritto romano all'epoca post classica.

Nel diritto romano classico vigeva il principio della massima libertà dei contraenti di fissare i loro prezzi.

Secondo un famoso passo di Paolo, nella compravendita e nella locazione tipici contratti *juris gentium*, destinati a regolare i rapporti commerciali era da ritenere lecito e normale vendere a prezzi superiori al loro valore, acquistare a prezzi inferiori ed avvantaggiarsi l'uno a spese dell'altro La protezione contro gli abusi si limitava, all'impugnabilità dei contratti conclusi per effetto di vizi della volontà che peraltro venivano applicati in modo restrittivo, nonché la possibilità di far valere la lesione nei contratti conclusi con il minore di età. Quanto al resto vigeva la più ampia libertà dei privati ed in particolare ed in particolare dei commercianti, che, non essendo ritenuto decoroso l'esercizio di attività a scopo di lucro da parte dell'aristocrazia. - di concludere i loro affari in modo da trarre il massimo profitto.

Solo un'epoca post classica, a seguito della grave crisi economica che colpì l'impero la situazione iniziò a cambiare.

Nel 301d.c. un editto di Diocleziano, per far fronte ad una grave svalutazione monetaria, per la prima volta fissò d'imperio una tariffa generale dei prezzi e dei salari in funzione di calmiera.

La compilazione giustiniana attribuisce a Diocleziano anche l'azione di rescissione della compravendita immobiliare per lesione <ultra dimidium>. Secondo taluni interpreti Diocleziano avrebbe concesso l'azione limitatamente alle vendite fra <tenuiores> e <potenziores> allo scopo di porre rimedio ai casi di sfruttamento e di abuso, che si stavano largamente diffondendo a causa della crescente povertà.

La maggior parte della dottrina ritiene peraltro che l'azione si debba all'influenza del cristianesimo. Analogo rimedio era infatti previsto dal diritto ebraico, e la disciplina dell'azione appare in linea con i principi in tema di giusto prezzo, che l'etica cristiana andava elaborando.

Nella versione contenuta nel digesto, l'azione è concessa al venditore di beni immobili non al compratore avendo l'istituto come scopo quello di proteggere la proprietà immobiliare evitando che in situazioni di penuria e di bisogno taluno si potesse privare senza il giusto corrispettivo delle sue proprietà immobiliari, beni che in quell'epoca costituivano la parte più pregiata del patrimonio.

Comincia così a delinearsi il sistema, che, si sarebbe poi diffuso e consolidato nei secoli successivi, per cui le regole in tema di giusto scambio si coordinavano con le istanze di protezione di determinate categorie di soggetti e di conservazione degli assetti economici e sociali.

Nella compilazione giustiniana tutto ciò è appena accennato, la rescissione è concessa in relazione ad un solo tipo contrattuale (compravendita) e solo con riguardo a sproporzioni di particolare gravità, mentre in seguitosi richiederà una perfetta equivalenza delle prestazioni, con riferimento a qualunque contratto.

Ma è indubbio che l'istituto rappresenti un primo passo in questa direzione.

Nella stessa linea si pone, del resto, un provvedimento di Giustiniano del 544 che, dopo una grave pestilenza che aveva decimato la popolazione e rarefatto la manodopera, vietava ai lavoratori commercianti e contadini di chiedere remunerazioni superiori a quelle in uso prima della pestilenza. L'imperatore lamentava che i lavoratori chiedessero salari doppi o tripli rispetto al passato, condannando tale comportamento come avarizia, contraria alla legge di Dio, senza affatto considerare che la richiesta di maggior salari si collegava ad un notevole rincaro dei prezzi.

Era estranea, cioè, alla mentalità dell'epoca ogni considerazione degli interessi di queste categorie di soggetti, ed interessava solo che il costo del lavoro fosse contenuto entro limiti tali da rendere i beni e i servizi accessibili a coloro a cui era destinato il consumo.

Il medioevo, pervaso dallo spirito cristiano, è giunto ad elaborare regole antitetiche a quello del libero scambio. La predicazione dei valori del cristianesimo, rafforzò tale tendenza, i principi evangelici dell'amore del prossimo e della giustizia inducevano a condannare come peccato di avarizia il desiderio di accumulare ricchezza e beni ed a qualificare come turpe *lucrum* ogni arricchimento conseguito attraverso lo scambio. Si riteneva ingiusto e illecito vendere ad un prezzo superiore al suo valore e acquistare ad un prezzo inferiore. Questi principi hanno trovato completa sistemazione nelle opere di S. Tommaso.

L'articolazione sistematica dei rapporti economici sulla base dei principi del libero scambio è frutto della codificazione napoleonica del 1804, ove si enuncia in termini categorici l'irrilevanza della lesione come causa generale d'impugnazione dei contratti, salvo nei casi espressamente previsti dalla legge.

Va notato, peraltro, che non si richiedeva che la lesione superasse la metà del giusto, nè si prevedeva alcun limite di tempo minimo.

Era prevista altresì rescindibilità per lesione di alcuni atti che non attengono al commercio, quale l'accettazione di eredità purché la lesione superi la metà, ed i contratti di divisione, per lesione oltre il quarto oltre che la compravendita immobiliare per lesione oltre i sette dodicesimi. e per varie ragioni.

Il legislatore francese ha poi dettagliatamente disciplinato i requisiti per la valida espressione dell'accordo fra le parti e le impugnative per i vizi della volontà impugnativa che rappresentano i soli istituti di applicazione generale, che si prestano ad offrire un rimedio contro i contratti sperequati.

Vi si prestano solo indirettamente in quanto il loro scopo immediato è quello di garantire la libertà di scegliere se o non concludere, non l'interesse a concludere a condizioni eque. Ed infatti, le azioni di annullamento non presuppongono l'esistenza o la prova della lesione. Il codice napoleonico ha poi sancito la libera determinabilità degli interessi convenzionali, ma è stato modificato pochi anni dopo con la legge del 3 settembre 1807, che ha fissato il limite massimo degli interessi convenzionali al 5 in materia civile e nel 6 in materia commerciale.

Anche qui il passaggio dal tradizionale divieto di usura alla complete libertà di azione, è apparso notevolmente troppo drastico essendosi fra l'altro verificatosi numerosi episodi di abusi e di usura nel senso attuale.

La piena libertà di determinare il tasso degli interessi convenzionali è stata introdotta solo alla fine del 1800 con la legge 12 1 1886 quanto agli interessi convenzionali in materia commerciale, e con la legge 18 aprile 1918 quanto a quelli in materia civile.

Nel sistema ora vigente la sproporzione fra le prestazioni non è inclusa né fra i vizi del contratto, né fra le cause che ne legittimano l'impugnazione, ma ciò non vuol dire che essa non abbia rilevanza. Essa rappresenta infatti “vicenda del contratto”⁴⁸, coeva al suo sorgere, che legittima la reazione di uno dei contraenti laddove esista iniquità e sproporzione del vantaggio conseguito dalla controparte, per effetto della condizione anormale in cui egli versava, alla quale è possibile reagire mediante l'azione in esame.

I casi sono tipici e tassativi.

L'art.1447 c.c. prevede la rescindibilità del contratto a prestazioni inique che sia stato concluso in stato di pericolo.

Nella fattispecie contemplata nel successivo art. 1448, tradizionalmente tipica della compravendita immobiliare, l'azione è disponibile, in relazione invece a tutti i contratti commutativi, siano essi tipici, innominati, o misti, come rimedio alla lesione patrimoniale, consistente nella sproporzione o squilibrio tra le prestazioni, inferta al contraente che ha eseguito o promesso la sua prestazione in stato di bisogno, non necessariamente economico, che abbia rappresentato motivo determinante che ha compromesso la sua libertà di scelta, e che controparte conosceva profittandone per trarne vantaggio.

La disciplina si modella sullo schema del codice francese, salvo che per la misura della lesione, ricondotta all'*ultra dimidium* del diritto romano- comma 2 dell'art. 1448-, e s'innesta nel nostro ordinamento in coerenza con l'obiettivo, immanente al sistema della contrattazione fra privati, teso al perseguimento di un assetto d'interessi equo. Obiettivo, peraltro, che opera però anche al di fuori dell'ipotesi che stiamo esaminando, come testimoniano le previsioni di cui all'art. 2253

⁴⁸ Messineo, op. ci. Par. 137, 671

comma 2 c.c, che stabilisce che in ambito societario, in mancanza di diverso accordo, si presume che la partecipazione del socio agli utili sia proporzionale al conferimento, o in tema di compravendita, allorquando il prezzo non determinato dalle parti deve essere individuato con riferimento ai prezzi normalmente praticati dal venditore od ai prezzi di borsa o di mercato ex art. 1474 c.c, o infine, nel caso in cui il corrispettivo di appalto, mandato, commissione, spedizione, mediazione, lavoro autonomo, lavoro professionale, deve essere determinato, nel silenzio delle parti, con riferimento alle tariffe o agli usi o dal giudice, secondo equità ex art. 1657 c.c.. Casi tutti in cui occorre non già attribuire alla prestazione indeterminata un valore adeguato a quello della controprestazione, quanto piuttosto ascriverle un valore certo, evitando la nullità del contratto per l'imperfezione di un suo elemento essenziale, che configurano perciò ipotesi di norme integrative del contratto, non espressamente mirate a perseguire la proporzione fra sacrifici e vantaggi, ma piuttosto operanti come strumenti idonei a riportare ad equità un contratto stipulato a condizioni sperequate.

Non è certo questo il ruolo attribuito all'azione di rescissione che, come si ricava agevolmente dal suo tessuto normativo, è invece strumentale alla protezione dell'interesse giuridico del contraente leso in situazione di disparità di forze, e tanto benché, singolarmente, la lesione, vale a dire il danno che l'istituto mira ad evitare, sia voluto anche dalla parte che la subisce, e non solo dal suo autore. Senonché questa singolarità è ben presto spiegata se si considera che il nostro ordinamento ha di certo accolto il principio dell'autonomia privata, come si è già avuto modo di chiarire nelle pagine precedenti, rimettendo quindi al libero apprezzamento delle parti contraenti la valutazione sulla convenienza delle reciproche prestazioni, ma non potrebbe giammai restare indifferente nell'ipotesi

in cui uno dei soggetti avesse sì voluto il contratto, e ciò perché la sua determinazione volitiva è immune da uno dei vizi del consenso, ma avesse agito in condizione di menomazione che, senza incidere sulla volontà, perché in ogni caso avrebbe concluso il contratto, lo ha però indotto ad accettare una dannosa alterazione dell'equilibrio fra i reciproci vantaggi e svantaggi.

Di qui, nonostante la piena validità del contratto rescindibile, come si è detto non viziato, ma nel contempo la possibilità concessa dal sistema di eliminare lo squilibrio oggettivo, ma non più facendo riferimento alla ipotetica volizione delle parti, quanto piuttosto a criterio, estraneo alla loro sfera soggettiva, di equità⁴⁹.

Lo squilibrio oggettivo non è sufficiente infatti a neutralizzare del tutto gli effetti del contratto, e questo spiega la ragione per la quale l'usura, tradizionalmente collegata alla rescissione per lesione, trova la sua disciplina nella norma, contenuta nell'art.1815 c.c., che prescinde da ogni riferimento soggettivo e neutralizza la sola clausola usuraria. Il rapporto tra le reciproche prestazioni è alterato, e l'arricchimento del mutuante per così dire usurario è ingiustificato ma non già rispetto alla valutazione delle parti, quanto piuttosto con riferimento a fatto esterno ed oggettivo, rappresentato dai tassi di mercato. Il contratto resta valido ed efficace perché esprime libera volizione delle parti, che lo avrebbero in ogni caso concluso, ma solo con modalità diverse.

⁴⁹ Carpino, *Il Codice Civile commentato diretto da Piero Schelinger, artt. 1447-1452- La rescissione del contratto-*, Milano, 2000, pagg. 1- 29.

Natura giuridica della rescissione

Non intendiamo sembrare pedanti se torniamo a ribadire che la contrattazione fra privati trova il suo fondamento sul principio dell'autonomia privata, che s'incardina nell'articolo 1322 c.c., che attribuisce alle parti il potere di scegliere, secondo convenienza, l'assetto negoziale del singolo affare, esprimendo la loro volontà libera e non soggetta a costrizioni. Ciò perché questo postulato dà conto del compito dell'ordinamento giuridico di fare in modo che il contratto rispecchi il vero volere delle parti, sicché la distorsione nella valutazione soggettiva necessita di strumenti adatti a ridurre un'eventuale anomalia.

Ed è in questa prospettiva, come si è già rilevato, che opera il rimedio della rescissione per lesione di cui ora ci occupiamo.

La sua origine viene comunemente ricondotta alla *lex secunda*⁵⁰, diretta a controllare, in un visione quasi moderna, che il prezzo, benché liberamente determinato, fosse anche “giusto”, e, rimasta sconosciuta per tutto l'alto medio evo, trovò il suo fondamento nel brocardo “*dolus in re ipsa*”, vale a dire nel principio che il dolo è inerente all'atto iniquo, e non alla volontà delle parti. Essa venne concessa peraltro al solo venditore.

Inizialmente prevista in tema di compravendita, l'azione, nata dalla necessità di assicurare il potere decisionale autonomo, laddove esso fosse risultato coartato a causa dello stato di necessità o di bisogno che avesse indotto taluno a contrarre prevedendo prestazioni contrattuali sproporzionate, operando sul contratto in modo tale da eliminare lo squilibrio iniziale e riportarlo ad equità, nel *Code Civil* viene applicata anche alla divisione, se lo squilibrio supera i 7/12, ed in quest'ultima collocazione viene dibattuta anche in ordine alla sua costruzione

⁵⁰ dalla rubrica ricevuta nel codice di Giustiniano C. IV, 44 *de rescindenda venditione*, 1, 2

sistemica, siccome ricondotta da taluno ad in una visione essenzialmente soggettiva, come vizio del consenso⁵¹, da altri invece alla causa⁵², da altri ancora alla categoria dell'atto illecito⁵³, da altri infine al principio dell'equità, intesa come etica economica, risalente alla concezione morale di antica tradizione medievale, però fortemente contestata⁵⁴. Teorie tutte che in effetti, come si vedrà, hanno tracciato il solco sul quale sono state condotte le più recenti indagini esegetiche sulla figura considerata, mossesi tutte dal dato oggettivo che l'istituto nasce ed opera a presidio dell'equilibrio contrattuale⁵⁵.

La dottrina moderna ne ha esplorato ogni aspetto, sia con riguardo all'elemento soggettivo del volere, sia all'opposto in una visione causalistica dello scambio, basandosi, piuttosto che sull'ipotesi del contratto concluso in stato di pericolo, soprattutto sulla lettera della norma contenuta nell'articolo 1448 c.c. che prevede che se vi è una sproporzione notevole fra le prestazioni di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra parte ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può chiedere la rescissione del contratto;

che l'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto;

che la lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta; .

che non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori;

⁵¹ Laurent, *Principi di diritto civile*, XXIV, Napoli, 1885, p.333; Demontes, *De la lesion dans les contracts entre mejeurs*, 1925, XICV, p.167 ; Ghestin, *La formation du contract*, Paris, 1993, p.799.

⁵² Locchè, *Legis. Civ. comm., e crim.*, Napoli, 1842, 55

⁵³ per un'impia disamina del percorso storico che ha tracciate le tappe dell'esegesi dell'azione, B. Carpino, op. cit., pgg. 11 e ss.

⁵⁴ Thomasius, *Dissertation Academicarum*, Halae Magdeburgicae, II, 1777, p.43

⁵⁵ Carpino, *La rescissione del contratto, art.1447-1467, Il codice civile Commentario*, diretto da Pietro Schlesinger, Milano 2000 pag. 16. Lo stesso autore, op. cit. pagg. 7-8-, ripercorre le tappe storiche dell'istituto evidenziandone l'estraneità al diritto classico.

che sono salve le disposizione relative alla rescissione della divisione.

Sulla base di questo dato positivo, secondo una prima opinione dottrinarica⁵⁶, la rescissione si attegga come rimedio ad un vizio della volontà, diverso dai rimedi tradizionali. Lo stato di bisogno o di pericolo costituirebbe, al pari degli altri vizi del consenso, dunque alla stregua del dolo, della violenza morale, e dell'errore, un'alterazione dello stato psichico, tale da creare una volontà difettosa, e arrecare un pregiudizio economico a carico di una della parti⁵⁷, e ciò, occorre però rilevare, benché il nostro sistema non delinei una nozione unitaria di vizio del consenso, ma preveda singole ipotesi specificamente individuate.

In questa prospettiva, una corrente dottrinarica⁵⁸ considera lo stato di bisogno, o di pericolo di cui all'art. 1447, come circostanze che agiscono <esternamente> sulla posizione del contraente iugulato, al contrario della violenza che, identificandosi come una minaccia proveniente da una parte o da un terzo, incide effettivamente sul processo volitivo, con la conseguenza che il timore provocato dalla minaccia di un male ingiusto e notevole, non può essere assimilato ad un timore provocato da un evento naturale.

In ragione di ciò, se per l'annullamento è prevista l'ipotesi della convalida, su richiesta della parte che promuove la relativa azione di annullamento, il contratto rescindibile invece può essere sanato solo mediante il rimedio della *reductio ad equitatem*, pretesa che può essere proposta non già dalla parte che agisce in giudizio deducendo la rescissione, bensì da quella contro la quale tale domanda sia stata proposta. Resta invece operante il divieto espresso della convalida del contratto rescindibile.

⁵⁶ Scalfi, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, in *Temì*, Torino 1949 pag. 54.

⁵⁷ Orru', *I contratti in genere, la rescissione del contratto*, nel, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cedon ,Torino,2000 Vol. X, pag. 17.

⁵⁸ Gatti, *L'adeguatezza delle prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir.comm* ,1963, pag .434.

Secondo una altra teoria, l'approfittamento dello stato di bisogno rappresenta comportamento riprovevole, integrante un illecito⁵⁹, posto in essere in violazione dei principi solidaristici, idoneo infatti a dare anche origine all'illecito penale sanzionato ex art 644 c.p..

È stato agevole obiettare ai fautori di tale indirizzo, che tale carattere sanzionatorio non si concilia con la possibilità offerta al contraente contro il quale è indirizzata l'azione di rescissione di evitarla, offrendo una modifica del contratto tale da poterlo riportare ad equità⁶⁰; la rilevanza decisiva attribuita al profilo dell'abuso come comportamento illecito, trascura, inoltre, l'altro elemento necessario dell'istituto, rappresentato dallo stato di minoranza psichica di chi contratta in stato di bisogno o di pericolo. Ed infatti non appare sufficiente prendere in considerazione tale stato della volontà per stabilire un nesso fra questo e la sproporzionalità delle prestazioni, ed appare contraddittorio affermare che lo stato psichico abbia rilevanza marginale, ed il fondamento dell'istituto sia in prevalenza costituito dall'abuso contrattuale⁶¹.

⁵⁹ Vari sono gli autori sostenitori di questa tesi. Ci troviamo in una situazione non dissimile da quella che si verificò nel diritto romano classico allorché il pretore considerava la violenza morale come comportamento illecito e applicava il rimedio della restituito ad integrum. L'approfittamento dell'altrui stato di bisogno e il rimedio della *reconductio ad equitatem* come funzione riparatoria allora sottende la medesima ratio dell'illiceità di allora (Scherillo, *Contratti in genere*, Milano 1966 pag. 59).

⁶⁰ Quadri E., *La rettifica del contratto*, Milano, 1973 pag. 118.

⁶¹ Orrù., op. cit., pag. 11 cita, le parole di Corsaro, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979 pag 26, per spiegare la riduttività della tesi che considera l'abuso come un comportamento illecito, e trascurando di ritenere lo stato di pericolo o di necessità di chi contratta a condizioni inique come condizione di minoranza psichica che restringe la libertà nelle contrattazioni. Affermare che lo stato di bisogno o pericolo non ha valore per il fondamento giuridico dell'istituto significa dare una visione parziale e controversa della figura della rescissione.

Non manca infine chi sostiene⁶² che la “ratio” della figura vada ricercata nella causa del contratto, che si struttura nella sproporzione fra le prestazioni, ciò in ragione del fatto che nei contratti a prestazioni corrispettive la causa è rappresentata dal reciproco vantaggio, che ciascuna parte ha interesse a ricevere dal contratto, sicché l’equivalenza delle prestazioni rappresenta elemento necessario, integrante l’elemento causale del rapporto. E dunque, quando il contratto nasce già viziato nell’equilibrio nello scambio, vi sarebbe patologia causale del negozio, scaturente dall’alterazione genetica delle reciproche prestazioni.

Su questo solco si è espressa la giurisprudenza di merito⁶³, secondo cui la rescissione determina un’alterazione parziale della causa, determinata appunto dall’assenza dell’equilibrio necessario ad integrare il sinallagma.

Ma anche questa teoria non è stata immune da critiche⁶⁴ essendosi rilevata la necessità di considerare non soltanto l’equilibrio oggettivo, e che, peraltro, il rimedio ad un vizio causale dovrebbe essere la nullità e non la rescissione⁶⁵.

Tutte queste contrapposte correnti di pensiero, segnate dall’unitario intento di ricondurre il rimedio in esame nell’alveo degli istituti che operano sulla patologia

⁶² Carpino op. cit. pag 11 cita Portalis il quale afferma che “nessuna obbligazione può sorgere senza che la causa sia proporzionata”. Tra i vari autori sostenitori della teoria causalistica Orrù op. cit., pag.12, cita: Cataudella *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966 pag. 332 e Gatti op. cit. pag. 424 che afferma: che il contratto sinallagmatico è ritenuto meritevole di tutela se realizza la funzione di scambio che è rappresentata dal reciproco trasferimento di beni e o servizi; laddove l’equilibrio fra le prestazioni viene mancare vi è un vizio intrinseco del contratto che si riverbera sull’elemento causale”

⁶³ Trib. Napoli 10.1. 55,DG, 1955, pag. 343

⁶⁴ Mirabelli, *La Rescissione del contratto*, Napoli 1962, pag 55

⁶⁵ Orrù op cit. pag 15 cita Scozzonava, *Il problema dell’adeguatezza degli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in RTDPC,1978 pag 343 il quale afferma che se davvero l’ordinamento avesse accolto il principio dell’adeguatezza fra le prestazioni, reagendo così ad un vizio afferente all’atto di scambio, non si spiega il motivo per il quale non reagisce allo stesso modo assumendo come ragione giustificatrice l’equilibrio nello scambio, nell’ipotesi in cui questo sia alterato, come ad esempio, nel caso in cui il contraente accetta per errore una prestazione in cambio dell’altra ad un prezzo talmente svantaggioso da produrre una lesione ultra dimidium

del contratto, sono state a loro volta superate dall'impostazione metodologica⁶⁶, che costruisce invece la rescissione come un rimedio autonomo, sia per quanto attiene ai profili sia per i presupposti, strumento invalidante che necessita di due requisiti propri, oggettivi e soggettivo.

Ma veniamo allo specifico.

L'art. 1447 c.c. ha generalizzato l'azione già contemplata dalla legge 14 giugno 1925 n. 938 sull'assistenza marittima che, in conformità della Convenzione di Bruxelles del 23 settembre 1910, riprendendo l'art. 127 del Codice della Marina Mercantile del 27 ottobre 1887, esauriva però la sua applicazione nell'ambito della navigazione in mare, sulla spinta di quella parte della dottrina che aveva cercato di ampliarne l'applicazione in via analogica o quanto meno estensiva anche alla contrattazione civile.

Rispetto all'ipotesi prevista nel successivo articolo, la condizione che determina lo squilibrio attiene alla persona e non al suo patrimonio, identificandosi nello stato di necessità preso in considerazione nella sua oggettività determinato da pericolo, obiettivamente considerato prescindendo dal suo collegamento causale con un fatto volontario dello stesso obbligato, secondo nozione non diversa da quella recepita nell'art 54 c.p. e nell'art. 2045 c.c..

Il contraente che assume obbligazione in tale condizione vuole concludere il contratto, ma ne accetta le condizioni inique siccome esiste il pericolo di danno grave ed attuale alla sua persona, quale che ne sia la causa, sia oggettiva che riconducibile a persona fisica, che inerisce ai suoi diritti della personalità, ivi compreso il diritto all'onore, al decoro, alla reputazione, sempre che non rilevi

⁶⁶ Sconamiglio, *I contratti in generale*, in *Tratt di diritto civile diretto da Grosso – Santoro Passatelli*, vol.IV, Milano 1993, pag.268.

come diritto patrimoniale. La condizione di pericolo deve essere reale ed effettiva e non rileva laddove sia solo putativa.

La fattispecie è applicabile ai contratti sia obbligatori che con effetti reali, che siano conclusi per eliminare la condizione di pericolo, e quindi risultino necessitati.

Non molto nutrito è l'apporto della giurisprudenza.⁶⁷

Ma veniamo all'ipotesi successiva, che ha rappresentato punto di partenza e nel contempo di approdo dell'indagine condotta sull'istituto.

La fattispecie si articola sotto il profilo oggettivo nel senso che si riferisce all'assunzione di obbligazione da parte di uno dei contraenti a condizioni inique, vale a dire impone che vi sia, all'atto della stipula, la lesione *ultra dimidium* che ricorre quando il valore della prestazione supera il doppio della controprestazione⁶⁸, che non può scindersi dallo stato di bisogno⁶⁹, inteso come una situazione di difficoltà economica, cioè di deficienza reale o virtuale, anche contingente, e dunque pure temporanea, purché reale e non putativa, che comporti carenza di liquidità e difficoltà avvertita dal soggetto, sia esso il venditore che il compratore, ed ancorché normalmente in possesso di consistente patrimonio, con tale acutezza da indurlo a procurarsi il bene che è indispensabile per la soddisfazione del suo interesse personale o patrimoniale, ma comunque

⁶⁷ per una vasta panoramica v. B. Carpino, op.cit., p. 28

⁶⁸ Stante all'unità delle due figure di rescissione, Gatti, op. cit., pag.432, ritiene che la lesione *ultra dimidium*, sia applicata in via analogica anche allo stato di pericolo. Per valutare l'iniquità è necessario astrarre il rapporto contrattuale dal contesto nel quale si è sviluppato, e stabilire se in una situazione di normalità quel rapporto di scambio possa trovare giustificazione. Se ciò non avviene, e il motivo della sperequazione è rinvenibile nello stato di pericolo si è contratto a condizioni inique.

⁶⁹ Pertanto il contraente non ha il dovere di diligenza d'informarsi preventivamente sulle condizioni in cui contrae la controparte, essendo i motivi, di regola ininfluenti sulla formazione ed esecuzione del contratto.

apprezzabile socialmente⁷⁰, che prevale sulla considerazione di convenienza che suggerirebbe di non contrarre in presenza dell'anzidetta sproporzione.

In altre parole, lo stato di bisogno deve porsi in ragione di causa ed effetto con la determinazione di addivenire al contratto rescindibile⁷¹.

In chiave soggettiva, seppur non espressamente menzionata come invece nel precedente art. 1447, è richiesta la conoscenza da parte del contraente della situazione di emergenza della controparte al momento della stipulazione, non essendo invece sufficiente la semplice conoscibilità della circostanza.

Occorre altresì l'attualità del bisogno fino alla domanda di rescissione, mentre ne sono irrilevanti le cause.

In qualità di fattore soggettivo, opera l' approfittamento dell'altrui stato di bisogno, come qualcosa di più incisivo della mera conoscenza dello stato di bisogno⁷², siccome implica una spinta psicologica, manifestantesi anche in un atteggiamento meramente passivo, diretta a trarre profitto dall'altrui condizione e tener ferma l'offerta a prezzo iniquo.

In questa cornice, appare evidente che, al di là del fondamento giuridico dell'azione, ciò che assume pregnante rilevanza è il ruolo fondamentale che essa è destinata a svolgere nel nostro ordinamento, come strumento di tutela dell'equilibrio contrattuale, destinato ad operare a vasto raggio; ciò perché, mirando a ripristinare l'equilibrio soggettivo, ed a ristabilire la parità fra le parti

⁷⁰ si esclude infatti lo stato di bisogno nel caso di vendita a prezzi dimezzati di beni per intenti speculativi o criminali, Cass, civile 25 luglio 1951 n.2147, in *Giur. Comp. Cass. civ.*, 1952, III, p.27 con nota di Iannitti-Piomallo, *In tema di rescissione del contratto ed in Temi*, 1952, pag. 413 con nota di Giordano

⁷¹ La casistica è varia. V. *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, diretta da Rosario Nicolò e Mario Stella Richter, Milano, 1971, libro quarto, tomo III; p.227, si veda dal caso in cui il venditore. È interessante rilevare che l'art. 19 del d.d.d. 12 aprile 1945 n. 222 esclude l'esperibilità dell'azione da parte dei cittadini già considerati di razza ebraica, discriminati a norma delle leggi razziali del tempo, che in epoca successiva alla loro discriminazione alienarono parte dei loro beni.

⁷² Il requisito dell' approfittamento è ritenuto presente quando sussiste la duplice consapevolezza dello stato di bisogno dell'altro contraente e della grave sproporzione tra le prestazioni. , Cass. civ, 24-2-1979, n.1227..

nella contrattazione, i suoi effetti si dispiegano anche sull'aspetto oggettivo del negozio, seppur in via riflessa, in assenza di alcuna norma di carattere imperativo che affermi in linea di principio l'esigenza di equilibrio oggettivo fra le prestazioni.

La sua esperibilità, ammessa solo in caso di simultanea presenza dei tre requisiti indicati, si giustifica dunque in ragione della sua *ratio*, che è quella di porre presidio all'autonomia privata, e quindi all'equilibrio soggettivamente costruito ⁷³.

⁷³Camilletti, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, cit., pag.75.

Rescissione e risoluzione (per eccessiva onerosità)

Ancora sulla rescissione, va detto che l'azione, non applicabile ai contratti aleatori, né alla transazione, deve essere esperita entro un anno dalla conclusione del contratto e la domanda non può essere accolta se la parte contro la quale è proposta offre di correggere il contratto secondo equità.

Rispetto alla nullità, opera entro il termine di prescrizione -un anno-, che è peraltro più breve di quello previsto in cinque anni per l'annullabilità.

Lascia aperta inoltre la possibilità di paralizzare gli effetti della domanda con la richiesta di condurre il contratto ad equità⁷⁴.

Sebbene sia stata per lo più configurata come rimedio volto a sanzionare il comportamento del soggetto che contrae approfittando delle condizioni inique (come riecheggiava nel diritto postclassico sotto l'influsso della morale cristiana), essa in sostanza incide sul sinallagma⁷⁵, ristabilendo l'equilibrio contrattuale.

E in queste chiavi è agevole verificarne la medesima impostazione della figura della risoluzione per eccessiva onerosità, destinata anch'essa ad operare nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, intervenendo però non già sullo squilibrio genetico, ma nella fase funzionale del rapporto contrattuale, salva sempre la possibilità di riconduzione del contratto ad equità- art 1467 comma 3 c.c.-.

Detto ultimo istituto opera anch'esso al di fuori delle categorie giuridiche della nullità e dell'annullamento, che attengono alla patologia del contratto, perché presuppone, al pari della rescissione, un contratto valido ed immune da vizi intrinseci che ne invalidino la genesi, ed interviene laddove interagiscano sulla

⁷⁴Bianca, *Diritto civile*, vol.III, *Il contratto*, Milano 2000, pag. 686.

⁷⁵Bianca op. cit. pag. 686 ricorda Biondi, *Il diritto romano cristiano*,II, Milano 1952, pag.134..

vita del contratto elementi sopravvenuti, che lascino intatta la struttura del contratto, influenzando solo nella sintesi dei suoi effetti⁷⁶. Attiene insomma al fenomeno delle sopravvenienze contrattuali, tali da arrecare uno squilibrio fra le prestazioni annoverato fra i casi di *Aquivalenzstörung*⁷⁷.

Prima dell'introduzione del codice del 1942, la possibilità di sciogliere il contratto per sopravvenienze contrattuali non era codificata; il principio cardine che reggeva le pratiche negoziali era enunciato nel brocardo "*pacta sunt servanda*", che precludeva alle parti la possibilità di sciogliersi per sopravvenute vicissitudini poiché si ritenevano insite nell'alea normale del contratto; ciò perché nella tradizione giuridica, risalente al diritto romano, un contratto concluso senza riserve era e rimaneva vincolante. Furono i filosofi morali a porre per la prima volta il problema della sorte del rapporto contrattuale laddove, dopo la conclusione del contratto, fossero insorte circostanze tali da rendere un peccato adempiere o un dovere non adempiere. Su questa impostazione, si sviluppò nel medioevo la dottrina della clausola "*rebus sic stantibus*", che ebbe la sua effettiva fioritura nei secoli XVI e XVII, sino a vivere il suo declino nel periodo illuministico.

Ma fù sotto la spinta dell'impossibilità di portare a termine le contrattazioni, cagionata dall'eccessiva svalutazione monetaria⁷⁸ conseguita ai conflitti mondiale, che si rese evidente con sempre maggior pregnanza la necessità di creare un

⁷⁶ Roppo, *Il contratto*, Milano 2001 pag. 937.

⁷⁷ M. Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, pag. 211

⁷⁸ Per quanto concerne l'aspetto della svalutazione monetaria, la giurisprudenza per lungo tempo ha negato la possibilità di estendere il rimedio risolutorio in questo caso, affermando che le fluttuazioni della moneta rientrano nell'alea normale del contratto, Cass. civ. sent. del 23-aprile 1947, in *Foro it.*, 1947, I, pag.726. Successivamente, ha rivisto la propria posizione affermando che anche la svalutazione monetaria, rientra tra gli accadimenti straordinari e imprevedibili contemplati nell'art.1467c.c., Cass. civ. sent. n.88/ 1948, la medesima ratio ha ispirato sentenze più recenti come quella della Cass. civ. n.7833 del 3 agosto 1990, che ha sancito che la svalutazione monetaria ancorché non provocata da eventi eccezionali, giustifica la risoluzione del contratto se la ha caratteri di imprevedibilità e straordinarietà.

sistema che sapesse proteggere le parti allorquando il costo della prestazione divenisse eccessivamente oneroso.

E su questo solco, il nuovo codice adattò il principio “*rebus sic stantibus*”, limitandolo ad eventi straordinari e imprevedibili e, premiando così la dottrina minoritaria, introdusse l’istituto della risoluzione per eccessiva onerosità⁷⁹.

In particolare l’articolo 1467 c.c. ha previsto che, nei contratti ad esecuzione periodica o continuata, ovvero ad esecuzione differita⁸⁰, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di eventi straordinari e imprevedibili, la parte che vi è tenuta può chiedere la risoluzione del contratto, liberandosi così dal vincolo contrattuale, a meno che l’onerosità sopravvenuta non rientri nell’alea normale del contratto.

La prestazione, in conseguenza di radicale mutamento della situazione, diviene più gravosa di quanto fosse prevedibile, sicché la parte che vi è tenuta può chiedere lo scioglimento del vincolo, e nel contempo la parte contro la quale è esercitata la domanda, chiedere di modificare il contratto secondo equità.

Dei suddetti presupposti, la straordinarietà attiene ad aspetti oggettivi, l’imprevedibilità rileva in chiave soggettiva.

L’eccessiva onerosità opera se è determinata da eventi oggettivi esterni e non dipendenti da fatto del debitore, che siano straordinari ed imprevedibili nello stesso tempo, perché le parti non potevano rappresentarli al momento in cui

⁷⁹ Alpa e Bessone, *I contratti in generale*, in *Giur. Sist., Civ. e Comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, IV, e, pag. 972.

⁸⁰ La giurisprudenza, ha esteso la possibilità di applicazione del rimedio della risoluzione non solo ai contratti ad esecuzione periodica o differita, ma anche tutte le volte in cui al di fuori delle determinazioni delle parti, eventi straordinari e imprevedibili turbano l’equilibrio contrattuale provocando un’alterazione fra le reciproche prestazioni. La Cass.Civ. con sent. n. 6584 11-9-1986, ha affermato “in tema di rapporto giuridico anomalo, che ha non riscontro nella disciplina codicistica il giudice è chiamato a risolvere la controversia facendo riferimento ai principi generali dell’ordinamento secondo quanto disposto dall’art.12 delle disp. prel. Fra questi principi, è annoverato anche l’espressione *rebus sic stantibus*, che ispira l’art.1467, in forza del quale un rapporto giuridico non può essere mantenuto in vita quando sono venute meno le condizioni di equilibrio in cui è sorto.

assunsero il vincolo obbligatorio, tali che spostano le prospettive di ciascuna⁸¹ ed alterano notevolmente l'equilibrio contrattuale.

La ragione del rimedio trova la sua causa nella distanza temporale fra la stipula del contratto e la sua esecuzione, e la sua applicazione ai contratti ad esecuzione continuata o periodica si spiega in ragione del divario suddetto, e non già della periodicità o del differimento della prestazione. La parte che si trova a dovere adempiere in condizione che ormai provoca alterazione del sinallagma non è esonerata dalla sua prestazione, ma solo può chiedere, e tempestivamente, prima ancora di eseguire detta prestazione, che il rapporto si risolva.

Controversa è la sua valenza sistematica, dal momento che per taluno esprime un principio di carattere generale, per altri invece, opera in via tassativamente limitata.⁸²

Ma anche il fondamento dogmatico dell'istituto è risultato problematico.

Secondo una prima concezione⁸³ si tratta di strumento apprestato al debitore in ragione dell'anormalità sopravvenuta del contratto che, realizzandosi, rompe l'originario equilibrio fra le prestazioni⁸⁴ per effetto di evento straordinario ed imprevedibile. Il valore tutelato non è dunque la posizione del debitore, perché lo svilimento della controprestazione non aggrava la sua condizione, ma solo incide in senso negativo sulla sua remunerazione. Il valore tutelato è dunque rappresentato dalla reciprocità tra le opposte prestazioni.

⁸¹ Messineo, op. cit. par. 137. pag. 687, con ampi riferimenti bibliografici.

⁸² Ambrosoli, op. cit. pag. 213.

⁸³ Sacco e De Nova, *I rimedi sinallagmatici*, in *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, II, diretto da Sacco, Torino 1993, pag.662ss.

⁸⁴ Osilia, *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 15,

Mentre secondo altri la sua ragion d'essere si spiega in considerazione dell'incidenza sul contratto di eventi estranei allo scambio, imprevedibili e straordinari, incompatibili con la sua causa⁸⁵.

Per i fautori della prima tesi, pacifico che si tratta di strumento che non afferisce alla sfera soggettiva del debitore, ciò che rileva è il costo della sua prestazione in termini di remunerazione.

Si sviluppano, su questa impostazione, la teoria secondo cui lo scopo della norma non è la tutela delle parti contrattuali, ma l'equilibrio fra le prestazioni reciproche⁸⁶, e quella, parallela, secondo cui l'azione opera per rimuovere un vizio della causa del contratto, intesa però nel suo aspetto funzionale⁸⁷.

La tutela accordata dall'art. 1468, sebbene non in termini di risoluzione ma limitatamente alla riduzione della sua prestazione o altra modificazione delle modalità di esecuzione, anche a colui che sia debitore di un contratto con obbligazioni a carico di una sola parte, come ad esempio in caso di mandato gratuito, comodato, mutuo non feneratizio, dimostrerebbe, però al contrario, che il valore protetto non può essere ricondotto al solo nesso sinallagmatico fra opposte prestazioni, ma opera in un fenomeno maggiormente complesso. E difatti, non si può non tener conto che la funzione dell'istituto non può essere accertata senza considerare che non ogni sopravvenienza assume valore, ma solo fattori straordinari e imprevedibili. Ed inoltre, se l'essenza della fattispecie si dovesse solo ricercare nella funzione dell'atto, allora si dovrebbe concludere per l'irrilevanza dell'imprevedibilità e, pertanto, si configurerebbe una visione parziale dell'istituto che non terrebbe conto del fatto che giocano un ruolo

⁸⁵ Brselli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952.

⁸⁶ Tartaglia, *Onerosità eccessiva*, *Enc.del dir.*, XXX, Milano 1980 pag. 159.

⁸⁷ Pino, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952

decisivo oltre l'analisi oggettiva (casualistica), anche quella soggettiva (ciò che le parti hanno voluto)⁸⁸.

Ed ancora, se il fine dell'istituto è quello di risolvere un problema di economia degli adempimenti, ossia di evitare, a fronte di un giustificato arricchimento a vantaggio del creditore, il rischio di una prestazione eccessivamente onerosa per il debitore⁸⁹, se ne trae il corollario che il rimedio mira a tutelare il valore del contratto, quale mezzo di realizzazione di operazioni economiche razionali.

Il legislatore, insomma, si preoccupa di preservare il perdurare della razionalità del vincolo durante la fase di esecuzione, attraverso il meccanismo risolutorio e per mezzo della limitazione del rimedio a soli casi imprevedibili e straordinari, lasciando a carico del debitore il rischio di mutamenti che non determinano un'alterazione eccessiva del sinnallagma.

La sopravvenienza assume rilevanza perché è estranea all'alea normale del contratto- art. 1467 comma 2-, e l'irrazionalità dell'accadimento dipende sia da un notevole aggravio dello sforzo debitorio, sia da un fenomeno di svilimento della controprestazione che non trova più un'adeguata giustificazione a fronte dell'arricchimento dell'altra parte. Così anche la rettifica del contratto secondo il parametro dell'equità, operante sia per la risoluzione che per la rescissione, s'impronta ad un giusto rapporto di scambio razionale fra le prestazioni, finalizzato a riportare il giusto e necessario equilibrio di corrispettività, al punto che, in caso negativo, resta aperto lo spazio per l'operatività dei rimedi sia rescissorio che risolutivo.

Occorre notare che nel caso della risoluzione, *la reductio ad equitatem*, riporta il contratto all'alea normale, così come voluto dalle parti; e difatti, l'art. 1467

⁸⁸Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano 2002, pag. 217.

⁸⁹Ambrosoli, op. cit., pag.216, cita Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1953, pag.190.

prevede che l'offerta di modifica deve ritenersi equa se il contratto sia riportato in una dimensione sinallagmatica, tale che la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandare la risoluzione.

Di qui l'intento del legislatore di tutelare l'equilibrio soggettivo, siccome l'azione tende a ricondurre il rapporto ad un'alea normale, e non ad istaurare un equilibrio oggettivo fra le rispettive prestazioni, riportando il rapporto all'originaria dimensione sinallagmatica.

È dunque evidente la differenza rispetto al contratto rescindibile, in cui *la reductio ad equitatem* rettifica il contenuto dell'oggetto, al fine di riportarlo al giusto valore di scambio, in ragione dell'esigenza di ripristinare l'equilibrio oggettivo, e ciò perché, come abbiamo avuto modo di vedere, il giusto valore rileva in quanto nel contratto rescindibile non vi è stata la libertà della parte nel poter stabilire all'origine il rapporto di corrispettività fra le prestazioni, di modo che esso opera solo come criterio suppletivo, essendo rimessa alle parti ogni valutazione circa l'adeguatezza e non dell'equilibrio o dell'equivalenza fra le rispettive prestazioni.

Rescissione e usura

Strettamente connesso alla problematica della rescissione è il tema dell'usura, trattato essenzialmente sul piano penale.

La sua progressiva involuzione, e la speculare riprovazione sul piano etico, ad un certo punto ne rese necessaria una regolamentazione, che venne segnata da una profonda interferenza della norma penale nella disciplina civile, che venne perciò essenzialmente delineata, anche nei rapporti tra i privati, in termini d'illiceità.

L'analisi storica dell'istituto registra, limitatamente al nostro ordinamento, una visione non sanzionatoria, consacrata nella legge preunitaria del 5 luglio 1857 che abrogò il reato di usura (art. 517 c.p.), rimasto estraneo quindi anche al codice penale del 1869, in ragione del carattere abituale dell'attività, che rappresentava riflesso del principio della libera determinazione delle parti contraenti, alla cui esclusiva volontà, in un regime di liberismo economico, era rimesso il tasso dell'interesse. Visione che lasciò però il passo al controllo sugli interessi attuato invece dal codice civile del 1865, "in un'ottica di trasparenza",⁹⁰ con l'introduzione della illegittimità dell'anatocismo- art 1232-, della previsione della forma scritta- art. 1831 4° comma- per gli interessi che superassero il tasso legale, e della possibilità, nonostante patto contrario, per il debitore di restituire dopo cinque anni il capitale portante interesse convenzionale superiore a quello legale- art. 1832-.

Anche in sede penale, ma solo dopo molti decenni, si registrò l'introduzione nel codice del 1930 della fattispecie criminosa punita con l'art. 644, e ciò sotto la spinta della necessità di tutelare la vittima, che si era andata sempre più esprimendo nel diritto vivente attraverso i soli strumenti offerti dalla legislazione

⁹⁰Quadri ,op. cit., L'autore opera una ricostruzione analitica ed approfondita della vicenda storica dell'istituto, con precisi riferimenti anche alla legislazione di altri paesi europei.

civile, e segnatamente dalla rescissione, mediante cui si era attribuito rilievo alla menomazione volitiva e psichica del debitore.

Di riflesso il fenomeno venne rivisitato in sede civile, ove il negozio venne reputato nullo per illiceità della causa, siccome contrario a norma imperativa penale, e venne operata una sorta di accostamento tra usura e lesione, con una figura in cui interferivano l'elemento oggettivo, rappresentato dallo squilibrio, e quello soggettivo dell'approfittamento.

In questa cornice, il codice civile del '42 confermò alcuni strumenti di controllo già sperimentati, quali la limitazione dell'anatocismo -art. 1283- e la forma scritta per gli interessi convenzionali superiori al tasso legale-1284 comma 3-, ma introdusse anche salienti novità in materia di rescissione e di interessi usurari – artt. 1448 e 1815 comma 2-, giustificandole più che nell'ottica di repressione del fenomeno usurario, nell'esigenza di rendere certa l'obbligazione del debitore, non senza prevedere, in ragione di avvertita esigenza di equità contrattuale, limitazione all'autonomia negoziale, come nel caso di riduzione della penale -art. 1384-.

Nell'intenzione del legislatore in realtà la figura centrale della lotta all'usura era rappresentata dal rimedio della rescissione che, imperniata sull'approfittamento dello stato di bisogno che provocava squilibrio fra le prestazioni, veniva svincolata in tal modo dalla fattispecie delittuosa, rispetto alla quale presentava, quale unico elemento di congiunzione, la possibilità di giovare del più lungo termine di prescrizione.

In tema di mutuo ad interesse- art 1815 comma 2- si stabilì invece che la nullità operasse non sul contratto ma sulla sola clausola degli interessi.

In questa cornice positiva, taluno ritenne che entrambe le fattispecie operassero solo in presenza degli estremi del reato di usura⁹¹, con ciò relegandole a ruolo marginale, siccome la nullità del contratto esisteva in ragione dell'illiceità della causa, data la sua contrarietà all'ordine pubblico.

Si affacciò insomma un problema, non solo teorico, di coordinamento tra le due ipotesi, penale e civile, che sul piano positivo era rimasto irrisolto, e quindi se potessero ipotizzarsi due diversi significati di usura, uno valevole nei rapporti tra privati, e rilevante in sede penale, ovvero se la figura fosse invece unica, benché diversamente atteggiata nei due ordinamenti⁹².

La dottrina, sensibile alla tematica, offrì varie soluzioni⁹³.

Tenendo conto in particolare della previsione dell'art. 1815 comma 2, secondo una corrente di pensiero maggioritaria⁹⁴, la norma, di carattere imperativo, era posta a tutela solo della giustizia fra le contrapposte posizioni contrattuali, specifico della contrattazione tra privati, siccome svincolata dai presupposti soggettivi che integravano la fattispecie penale. A conferma si rilevò che essa non menzionava affatto l'approfittamento dello stato di bisogno richiesto dall'art. 644 c.p., ed operava quindi al di fuori di tale schema; diversamente dalla fattispecie penale, che si riferiva all'intero contratto, operava sulla sola clausola usuraria, segno evidente ed univoco della volontà del legislatore di tratteggiare una figura peculiare in vista della conservazione del contratto, e quindi dell'autonomia negoziale.

⁹¹ Per ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali sul tema v. Quadri E., *op. cit.*

⁹² Sinesio, *Interessi usurari*, Napoli 1999, p. 11.

⁹³ Caringella *Studi di diritto civile*, Milano 2003 pag. 871.

⁹⁴ Caringella, *op. cit.*, p. 871, cita vari autori tra cui Ferri, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. di dir. Comm.* 1975, pag 273, De Cupis, *Usura e approfittamento dello stato di bisogno*, *Riv. di dir. Civ.*, Padova 1961, pag 504. Sostenitori del carattere oggettivo dell'usura, questa si presenta, laddove vi sia un esoso e sproporzionato d'interessi; prescindendo pertanto dal carattere soggettivo di chi concede denaro a tassi usurari.

I lavori preparatori della norma penale disvelavano infatti che la repressione della condotta criminosa si riferiva non già ad ogni ipotesi di interessi usurari, e quindi al solo dato oggettivo, ma solo ai casi in cui ciò destava grave allarme sociale, provocato dall'abuso dello stato di bisogno del debitore, comunemente avvertito come riprovevole, che non era necessariamente insito nell'interesse usurario sanzionato in sede civile⁹⁵.

La fenomenologia dell'istituto poggiava piuttosto sulle stesse basi che giustificavano l'azione di rescissione, in una visione unitaria, ma tipica del solo fenomeno operante solo in sede civile, data come scontata, ma invece, in realtà, molto controversa, considerati sia il diverso trattamento giuridico riservato al contratto con interessi usurari rispetto a quello concluso in stato di bisogno, sia l'assenza di qualsivoglia accenno allo stato soggettivo del creditore nel caso degli interessi usurari⁹⁶.

L'usura, nell'accezione recepita nel codice civile, è dunque destinata ad operare in situazione di oggettivo squilibrio, riportando il tasso usurario degli interessi convenzionali a quello legale, con ciò assicurando una tutela più rapida ed efficace, perché agevolata sul piano probatorio⁹⁷ essendo limitata alla misura degli interessi e prescindendo dalla prova dell'attività profittatoria, in un'azione oggettiva più moderna e conforme alle legislazioni degli altri paesi, che determina conseguente limitazione dell'apprezzamento discrezionale del giudice chiamato a valutare il carattere usurario dell'operazione.

⁹⁵ Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Milano 1966, I, 275; Fiore, *Illecito penale e illecito civile nella convenzione degli interessi usurari*, in *Dir. e giur.*, 1970, 910.

⁹⁶ G. B. Ferri, *Interessi usurari e criteri di normalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, 274; Giampiccolo, *Comodato e mutuo*, in *Trattato DI* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1972, 90.

⁹⁷ Quadri, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato diretto di Rescigno*, Torino, 1984, 9, pag. 561; Inzitari, *La moneta*, in *Trattato diretto da Gakano*, Padova, 1983, 279.

Alla tesi, per lungo tempo maggioritaria, si replicò⁹⁸ che, la figura del mutuo ad interesse usurario doveva invece essere considerato in connessione con l'art 644 c.p., e che per corollario la nullità degli interessi usurari presupponeva che fosse ravvisabile, nel creditore mutuante, la consapevole e disdicevole volontà di avvantaggiarsi iniquamente ai danni del debitore inducendolo a contrarre in stato di necessità.

Si sostenne a conforto che il principio della naturale fecondità del denaro non fosse di per sé meritevole di censura, se non per il fatto che appunto ricorresse tale deprecabile condizione soggettiva né l'art 1815 2° comma faceva alcun riferimento allo stato individuale dell'ignobile trafficante di denari ma considerava di per sé contrario a legge, ma non perciò biasimevole, contrarre a tassi usurari pur non essendovi alcuna norma civile di riferimento che sancisse il limite massimo consentito. Il carattere di per sé moralmente riprovevole della condotta del contraente usuraio, era quindi rimessa alla valutazione dell'interprete secondo i principi dell'equa giustizia sociale.

A metà strada, infine, si collocò la posizione⁹⁹ di chi sosteneva che l'usura, svincolata dai presupposti penalistici, rilevava in sede civile ma solo se essa potesse ancorarsi al rimedio civilistico previsto contro l'approffittamento dello stato di bisogno, vale a dire all'istituto della rescissione.

Nella giurisprudenza di legittimità prevalse infine la tesi che riteneva necessario ricorrere al concetto d'usura così come definito in ambito penale, non solo perché in questo modo si rispettava l'unità dell'ordinamento, ma anche perché si

⁹⁸ Caringella op. cit. pag. 872 cita, Ascarelli, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scaloja e Branca, Bologna 1960 pag 591, Grassani, in *Noviss, dig, it, X* Torino, 1963, pag. 1053.

⁹⁹ Libertini, voce *Interessi*, in *En dir. XXII*, Milano 1972 pag. 96.

consentiva di poter limitare il potere discrezionale del giudice, in una visione più equa degli interessi usurari¹⁰⁰.

L'impostazione venne criticata da chi¹⁰¹ rilevò che la fattispecie penale discrimina l'elemento oggettivo, rappresentato dagli interessi usurari, da quello soggettivo, rappresentato dalla consapevolezza di contrarre lucrando sull'altrui indigenza, che è presupposto ignoto invece alla fattispecie civile.¹⁰²

Restando in tema di rescissione, emerge dalla relazione al codice civile n. 658, che l'azione venne concepita essenzialmente sulla base della figura criminosa sui cui effetti era destinata ad incidere, eliminandoli anche in momento successivo al *tempus commissi delicti*, al fine di intervenire proprio sui contratti usurari in una visione di coordinamento dell'ordinamento, civile e penale, considerati nella loro unitarietà¹⁰³, come emerge dal testo dell'art 1449 comma 1 laddove in tema di prescrizione prevede che < se il fatto costituisce reato, si applica l'ultimo comma dell'art. 2947 >.

L'azione insomma, nelle intenzioni del legislatore, è destinata a porre rimedio in sede civile allo squilibrio contrattuale che si determina nel caso in cui si possa ravvisare il reato di usura, laddove esistano approfittamento dell'un contraente a danno dell'altro in stato di bisogno, operando, secondo la sistematica interna all'ordinamento civile, solo se gli effetti di tale condotta criminosa persistano al tempo della domanda.

¹⁰⁰ Cass. Civ. sent 16 novembre 1961 N. 2670, in Foro it., 1962,I p.,707,Cass civ. 16 novembre 1979, n.5956.

¹⁰¹ Cantillo, *Le obbligazioni, vol.III, in Giust. sist. dir. civ e. comm.*, a cura di Bigiavi, Torino 1992, pag. 1471.

¹⁰² Caringella op. cit. pag. 874.

¹⁰³ Mirabelli, *La rescissione del contratto, Napoli, 1962, 138*; Carresi, *Il contratto, I, in Trattato di dir.civ. fondato da Cicu Messineo e continuato da Mengoni, 1987, 356*; Gazzoni, *Manuale di diritto privato, Napoli, 1990, pag.926*.

Non allineata su questa impostazione è invece la giurisprudenza che ha valorizzato la differente connotazione soggettiva dell'azione rispetto all'usura, siccome richiede la prova dell'approfittarsi e non il dolo intenzione del reato¹⁰⁴.

In questo quadro, complesso ma non confuso, è infine intervenuto il legislatore, nello sforzo, però non proprio perfettamente riuscito, come in seguito si vedrà, di apportare chiarezza nella tematica.

¹⁰⁴ Cass.n.. 447 del 20 novembre 1957.

Problema dell'usura a seguito della legge n.108/ 1996

Negli anni '90 nel quadro delle modifiche per una più efficace tutela dei contraenti più deboli, è entrata in vigore la legge del 7 marzo 1996, n. 108 che ha apportato profonde trasformazioni alla disciplina dell'usura sia in ambito civile che penale, creando nuovi strumenti di repressione non più vincolati ai ristretti schemi precedenti, e rimodellando sia i presupposti del fenomeno usurario sia i rimedi preventivi e sanzionatori.

Sono stati infatti modificati infatti sia l'art 1815 del codice civile, che stabilisce la nullità della clausola che stabilisce gli interessi usurari, sanzionandola come clausola illecita, secondo una scelta mossa da un lato da una visione repressiva della figura negoziale, e dall'altro dall'esigenza di privilegiare il principio di conservazione del contratto, attraverso una nullità relativa, sia l'art. 644 c.p..

Si tratta evidentemente di scelta che amplia la sanzione affittiva, che si coniuga con l'esigenza di preservare l'autoregolamento negoziale, cui si è già fatto cenno.

Nella sua nuova formulazione la norma penale prevede che risponde del reato di d'usura chi "si fa dare o promettere per sé o per interessi o altri vantaggi usurari come corrispettivo di una somma di denaro o altra utilità, ed è punito con la reclusione da uno a sei anni o con la multa di euro 3098 a euro 15.493."

La legge attribuisce al Ministero del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano Cambi, il compito di stabilire trimestralmente il tasso effettivo globale medio praticato dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti in appositi albi, e di fissare il tasso consentito sulla base del tasso medio effettivo pubblicato sull'ultima Gazzetta ufficiale aumentato della metà.

E quindi il comma 3 dell'art.644 c.p., stabilisce “che vengono considerati usurari interessi il cui tasso sebbene non superi la soglia, risultano eccessivamente squilibrati nel rapporto fra le prestazioni avuto riguardo alle concrete modalità o ai tassi medi praticati dalle banche, quando chi li ha dati o promessi si trovi i situazioni di difficoltà economica o finanziaria” prevedendo la cosiddetta fattispecie di usura residuale.

È controverso se la legge si riferisca, o non, anche a casi in cui lo sfruttamento usurario venga attuato con contratti di finanziamento diversi dal mutuo.

Ed infatti secondo un primo orientamento la norma ha carattere eccezionale e quindi non può avere *vis expansiva* estesa ad altri modelli contrattuali diversi da quello previsto, per altri invece¹⁰⁵ relegare il contratto usurario alla sola fattispecie del mutuo sarebbe contrario alla *ratio* della norma, che è ispirata alla lotta contro il fenomeno dell'usura nell'intero mercato del credito.

La legge tace circa l'estensione della disciplina oltre che agli interessi corrispettivi e compensativi anche a quelli moratori, che mentre per la giurisprudenza rientravano nella sua previsione, ne sarebbero invece stati esclusi secondo la posizione in proposito dalla Banca d'Italia.

La tesi sostenuta dai giudici di legittimità¹⁰⁶ si fonda in sostanza sull'applicazione analogica della norma in tema di riducibilità delle clausola penale ex art.1384 c.c., avendo questa identica funzione risarcitoria degli interessi moratori.

In dettaglio, la legge n. 108/96, ha riformato la norma penale, incidendo sostanzialmente sul requisito soggettivo del reato, che resta comunque individuato

¹⁰⁵ Camilletti, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano 2004 pag.138 cita, Quadri, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici; in Nuova giurisprudenza civile commentata*,1997,p.62ss.

¹⁰⁶ Trib. Roma. Sent. 11 febbraio 2001, in *Corr. Giur.*2001, Trib. Genova 20 gennaio 2000, n.207.

nel dolo¹⁰⁷, avendo previsto che, al di là delle circostanze contingenti al caso, oltre quella certa soglia, predeterminata in via amministrativa, gli interessi versati ovvero solo promessi dal debitore sono usurari a prescindere dalle condizioni soggettive precedentemente prescritte, circa lo stato di bisogno della vittima e l'approfittamento del percettore, ora operante solo come aggravante del reato.

In ambito civile ha inciso profondamente e di riflesso in particolare sulla sorte dell'interesse qualificabile usurario che, come si è detto, secondo la nuova previsione normativa¹⁰⁸, rende nulla la clausola che lo prevede, con la conseguenza che <non sono dovuti interessi>.

Se, dunque, precedentemente la nullità della clausola non incideva sulla pattuizione degli interessi che restavano limitati entro il tasso legale, l'attuale regime invece la travolge per l'intero, lasciando validi solo gli altri termini del contratto di mutuo.

In tale maniera, il divieto dell'usura è divenuto <da principio di tutela della persona e del suo patrimonio, regola di mercato>¹⁰⁹ e, collocandosi nell'ottica di un carattere di oggettivazione dello squilibrio contrattuale, tende a svincolare l'illecito dai presupposti soggettivi, fondandosi non nella lesione della volontà del contraente più debole, quanto nell'alterazione della causa di cambio al momento del pagamento.

¹⁰⁷ Come rileva Giorgio Oppo, in *“Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale”*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, 533, data l'astrazione da circostanze concrete, non è chiaro se il dolo debba identificarsi con l'approfittamento o con la semplice conoscenza di non si sa cosa.

¹⁰⁸ V. anche legge n. 133 del 13.5.1999, d.l. n. 394 del 29.12.2000. Con modifiche in legge n. 24 del 28.2.2001 citata.

¹⁰⁹ La definizione è di Oppo, op. cit., in cui l'autore dubita altresì della legittimità costituzionale in termini d'irragionevolezza di tale previsione che lascia privo di remunerazione il creditore che abbia sfiorato di un minimo la soglia predeterminata rispetto a chi l'abbia invece rispettata per un percentuale anch'essa minima, il tutto senza poter tener conto delle circostanze concrete.

Lo “ratio” mira ad impedire la lesione del bene giuridico protetto, in nome del principio per il quale l’iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da arrecare danno all’attività sociale, alla sicurezza, alla dignità umana, e alla libertà.

L’illecito civile viene perciò affrancato dal reato, e dalla stessa rescissione, perché opera ex se la sanzione della nullità, come si è detto relativa, in funzione di strumento di equilibrio contrattuale e di perequazione fra le prestazioni.

Si sono naturalmente aperti ampi margini d’indagine su aspetti interni al sistema civilistico, che il legislatore non ha neppure previsto ma che, come di solito, la dottrina ha ritenuto di agevole ipotizzazione.

Ci si è quindi chiesti, dal momento che la modifica della norma citata è autosufficiente rispetto al regime penale, nel senso che non è necessario che il patto realizzi gli estremi del reato ma comunque da esso è evidentemente condizionata, cosa accada, cioè come operi l’oggettivizzazione della misura lecita dell’interesse sulla base del parametro prestabilito, in assenza di regime transitorio, su contratto precedentemente stipulato ma ancora in corso, ovvero allorché il patto originario abbia previsto un tasso variabile, che potrebbe essere non essere usurario al momento della sua stipula, ma divenirlo solo in seguito.

La risposta della legge, secondo cui in ogni caso, superata la soglia, il creditore perde totalmente e definitivamente gli interessi, è sin troppo semplice, o per meglio dire semplicistica, perché non tiene conto del fatto che ciò, non solo provocherebbe il conseguente imperativo stravolgimento della causa del mutuo, che si trasformerebbe ex lege da contratto oneroso in finanziamento gratuito¹¹⁰,

¹¹⁰ V. Quadri, *Profili civilistici dell’usura*, in *Foro it*, 1995, V, pag 337, *La nuova legge sull’usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1997, II; 62; G. Alpa, *Usura: un problema millenario, questioni attuali*, in *I contratti*, 1996, 181; Masucci, *Disposizioni in materia di usura. La modificazione del codice civile in tema di mutuo ad interesse*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1997, 1328; Morera, *Interessi pattuii, interessi corrisposti, tasso e soglia e usurario sopravvenuto*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1998, II, 517; Inzitari, *Il mutuo con*

ma, cancellando totalmente il debito per i frutti civili, sostituirebbe all'arricchimento indebito del creditore, al quale comunque gli interessi sono dovuti e che quindi subirebbe impoverimento, il vantaggio esclusivo, questo sì indebito, della parte debitrice, offesa per definizione al di là di ogni verifica in punto di fatto.

Resta inoltre il dubbio, laddove il tasso, variabile, inizialmente usurario non lo è più in seguito all'innalzamento della soglia consentita, che per un'esigenza interna alla legge è anch'essa variabile. È lecito infatti chiedersi se la clausola inizialmente nulla, preclude la corresponsione anche degli interessi in essa contenuti.

Rispondere *sic et simpliciter* che data la nullità della clausola, gli interessi non sono dovuti, non è certo appagante.

È meglio allora cercare una soluzione esegetica in chiave sistematica, che consenta di trovare il necessario logico collegamento fra la ratio della nuova norma, e quella che governa il regime della nullità nella previsione dell'art. 1419 c.c., alla cui stregua può ritenersi¹¹¹ che il tasso inizialmente non usurario, accessorio a contratto in corso, si riduce al tetto massimo che, è bene ricordare è stabilito in via amministrativa e non con legge, sicché la nullità non opera in senso sopravvenuto né con riferimento al patto accessorio né con riferimento al contratto principale. Parimenti gli interessi che divengano solo in seguito non usurari, sono dovuti anch'essi nella misura legale.

Ma la modifica dell'art. 644 c.p., come in precedenza si è scritto, attribuisce qualifica usuraria anche agli interessi <anche se inferiori a tale limite>, e in genere <ai vantaggi e compensi che risultino comunque sproporzionati avuto riguardo

riguardo al tasso soglia della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo, in, *Banca, Borsa e Tit. Cred.*, 1999, I, pag. 237.

¹¹¹ Così Sinesio, op. cit., pag. 24.

alle concrete modalità del fatto > sempre che il soggetto passivo si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

Non vi è chi non veda che si tratta di novità dirompente, perché affranca la previsione usuraria dai limiti del contratto di mutuo, o di finanziamento *tout court*, per estenderla ad ogni fattispecie a prestazioni corrispettive, che preveda non solo il pagamento di denaro ma ogni utilità concessa dalla presunta vittima, con attribuzione, in senso speculare, di vantaggi o compensi, cui il presunto reo abbia o pretenda di aver diritto. In un rapporto di reciproca interferenza tra ordinamento penale e civile, il legislatore ha dunque avvertito l'esigenza d' introdurre nel primo sistema il concetto, ad esso estraneo, di equilibrio e proporzionalità fra le prestazioni, che è tipico della nozione civilistica di corrispettività.

L'accertamento del reato, in detta ipotesi, così come quello inerente agli estremi per l'azione civile, presuppone così non già la verifica di un fattore oggettivo, come nel caso degli interessi, ma l'accertamento di situazioni concrete incidenti sia sull'elemento soggettivo della consapevolezza dell'altrui condizione, sia sulle altre condizioni previste.

Non è questa la sede per una disamina dell'istituto civilistico condotta in parallelo con la figura del reato di usura; è sufficiente infatti osservare che il regime penale, mutuando la regola che impone la perequazione fra le posizioni contrattuali, pone necessariamente un problema di coordinamento fra le due discipline allorché il contratto, lecito e valido nel rapporto fra privati, sebbene rescindibile, sia però qualificabile come reato¹¹².

La riforma, in conclusione, si colloca nell'ottica di una oggettivazione dello squilibrio contrattuale, incentrando il fondamento dell'usura non nella lesione

¹¹² Oppo, op. cit.

della volontà del contraente più debole, quanto nell'ingiustizia del contenuto del contratto, la cui sproporzione economica tra le prestazioni viene elevata a causa di nullità della clausola usuraria, in quanto essa contrasta con il principio della libertà dell'iniziativa economica privata, che deve comunque esprimersi in aderenza ai principi di solidarietà pubblica, in modo da non arrecare danno all'attività sociale, alla sicurezza, alla dignità umana, e alla libertà.

In ragione di ciò opera lo strumento di attuazione del giusto temperamento degli interessi economici fra le parti, intervenendo laddove esso questi risultino sbilanciati in senso irragionevole.

Questa prospettiva spiega perché il reato di usura è perseguibile d'ufficio, dato che, al di là della lesione arrecata alla vittima, occorre garantire il regolare funzionamento del mercato e la certezza dei traffici commerciali nell'interesse generale della collettività, travolgendo così l'idea tradizionale che governa l'autonomia privata .

Capitolo IV

L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE SECONDO I NUOVI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Il negozio misto – vendita “simbolica” e vendita “a prezzo vile”

Le considerazioni che precedono ci consentono di definire l'equivalenza oggettiva come equo rapporto economico fra prestazioni, e l'equivalenza soggettiva come la reciproca convenienza di ciascuna parte all'affare¹¹³, operanti entro un sistema improntato sul nesso inscindibile tra il principio della libertà di contrattazione e quello di equilibrio soggettivo, operati in una sorta di interazione il cui corollario comporta che lo squilibrio iniziale fra prestazioni non esclude di per sé il nesso sinallagmatico se risulta voluto dalle parti.

Prendendo ad esempio la vendita, che rappresenta il contratto commutativo per eccellenza, è agevole rilevare che la sua validità postula l'esistenza delle reciproche ed effettive obbligazioni a carico di ciascuna delle parti, ma non necessariamente la corrispondenza dei valori scambiati.

Il caso più emblematico è quello meglio conosciuto con la definizione di “*negotium mixtum cum donatione*,” che, come si sostiene in giurisprudenza¹¹⁴ ricorre allorché il contratto, avente causa onerosa, mantiene la sua struttura

¹¹³ Bianca, op. cit., pag. 490.

¹¹⁴ Come in genere accade nella vendita simbolica, la figura in realtà rappresenta una donazione indiretta o simulata. Nel caso di *negotium mixtum cum donatione*, che solitamente si verifica nella vendita a prezzo vile, non vi è bisogno del requisito dell'atto pubblico, essendo il negozio qualificato come vendita e non come donazione. La sentenza spiega che, solo nel caso di vendita simbolica, vi può essere la nullità del negozio per mancanza di uno dei suoi requisiti essenziali, vale a dire il corrispettivo. Laddove, invece, vi sia una sproporzione tra le prestazioni, come nel caso di vendita a prezzo vile, il problema attiene all'identificazione della causa, ma non all'esistenza del prezzo. Sul medesimo solco di recente Cass. 9 aprile 2003 n. 5584

sinallagmatica, sebbene vi sia sproporzione di valori rilevabile *ictu oculi*, sicché la figura è destinata a superare indenne il vaglio relativo alla sua giustificazione causale, con la conseguenza che per la sua stipula non è necessaria la forma dell'atto pubblico.

Tale orientamento, in verità oscillante, valorizza la causa come strumento di controllo dell'autonomia contrattuale, nella direzione di una saldatura tra "*quaestio voluntatis e quaestio legis*" in forza della quale, solo laddove per il trasferimento del bene compravenduto venga pattuito un prezzo tale da non poter costituire un corrispettivo, il contratto non può ritenersi valido, siccome difetta di uno dei suoi requisiti necessari. Il fatto non solo priva la vendita di una delle prestazioni ma ne vanifica la causa, perché la volontà delle parti non realizza lo schema legale del negozio.

Occorre però tenere ben chiari i concetti di vendita "simbolica", detta anche *nummo uno*, e di vendita "a prezzo vile", al fine di verificare in che modo interagisca il profilo della proporzione fra le prestazioni in ciascuna delle due figure. Se in astratto infatti ne sono sufficientemente chiari i segni distintivi, in concreto si pone il problema d'individuare quale sia il limite oltre il quale il prezzo non assuma più la funzione di corrispettivo. Ciò rende conto della ragione per la quale la linea di demarcazione tra le due figure è stata segnata soprattutto dalla giurisprudenza.

Ed allora, chiariamone anzitutto i rispettivi lineamenti astratti, ricordando che la prima- vendita simbolica- ricorre nel caso in cui il corrispettivo dello scambio non costituisce un prezzo serio, o perché è privo di un qualsiasi valore economico e perciò è simbolico, o perché nell'intenzione delle parti è destinato a non essere pagato. La costruzione teorica della figura imposta comunemente in senso

oggettivo l'elemento del corrispettivo, nel senso che la sua funzione è sempre e comunque quella di fare entrare nel patrimonio dell'alienante il valore in numerario equivalente a quello della cosa ceduta, ed esalta quindi il principio dell'equivalenza fra le opposte obbligazioni, attribuendovi un ruolo preminente rispetto a quello della libera contrattazione¹¹⁵, ciò benché sia effettivamente difficile ricondurre la fattispecie ad un modello unitario, perché esistono e meritano tutela anche interessi non strettamente patrimoniali, la cui soddisfazione può arrecare vantaggio alla parte che li persegue¹¹⁶.

Nella seconda fattispecie, invece, il costo della *res* è notevolmente inferiore rispetto al valore reale del bene offerto.

La ricerca del tratto distintivo tra le due figure, come si è accennato, è stata condotta soprattutto dalla giurisprudenza, che, secondo un'impostazione tradizionale¹¹⁷, ha preferito la soluzione della nullità, laddove il contratto sia riconducibile alla prima fattispecie, per inesistenza del prezzo, e quindi di uno degli elementi necessari del contratto, a mente dell'art.1418 c.c..

Diversamente, nella vendita a prezzo vile¹¹⁸, ove invece esiste un compenso, anche se inferiore al valore effettivo dell'oggetto compravenduto, non si scardina il presupposto causale dello scambio; il negozio, benché presenti uno squilibrio oggettivo iniziale dei rispettivi valori, è pienamente valido. La misura vile del prezzo può implicare problemi circa l'adeguatezza e l'equivalenza fra le prestazioni, afferenti al reale intento negoziale voluto delle parti, nonché alla

¹¹⁵ V. Camilletti, op.cit. pag. 118 con ampi richiami anche alla dottrina contraria.

¹¹⁶ Galgano, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997 p. 417.

¹¹⁷ Questa era la concezione giurisprudenziale dominante negli anni 80, Cass. civ.1982, n.6723.

¹¹⁸ Difficile risulta il parametro sul quale valutare l'irrisorietà del prezzo; poco attendibile risulta il riferimento al costo come corrispettivo dato in cambio; è necessario invece verificare il complesso dell'operazione nel rapporto costo benefici.

configurazione causale del negozio, ma non può produrre la nullità del negozio per mancanza di uno dei suoi elementi essenziali.

In verità la distinzione tra le due ipotesi negli ultimi anni è andata via via affievolendosi nel diritto vivente, ove si registra un mutamento d'impostazione, tesa sostanzialmente ad identificare le due figure.

Sulla base della considerazione della causa quale strumento di controllo della razionalità delle pattuizioni, si è infatti sostenuto che l'elemento causale dei contratti deve essere perfettamente aderente allo schema predisposto dal legislatore, e quindi è necessario che il rapporto di corrispettività sia teleologicamente orientato in conformità al modello legale rigido.

In ragione di tanto, si finisce per non ammettere figure di contratti sinallagmatici che assumono lo schema causale astrattamente configurabile nell'alveo del contratto a prestazioni corrispettive, i cui rispettivi sacrifici non sono però effettivamente equilibrati, così come è richiesto nella fattispecie tipica.

E per tale motivo si perviene al risultato di non riconoscere la figura della vendita nel caso in cui essa preveda prezzo vile, in considerazione della mancanza di un nesso finalisticamente orientato, secondo la previsione codicistica dei contratti sinallagmatici. Di qui la sua nullità.

In termini, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 12401/1992¹¹⁹ riguardante il caso in cui una società aveva ceduto gratuitamente i propri servizi di autolinee ad un'altra società in vista di un suo diretto vantaggio, ha ritenuto nullo il contratto benché assunto dalle parti nello schema della compravendita, rilevando mancanza della causa.

¹¹⁹ La società *Fad S.P.A.*, titolare di linee di trasporto regionale e internazionale, che non erano di per sé remunerative, in vista della futura espropriazione delle pubblica autorità di tutte le linee regionali, per sopperire alle onerose spese di gestione, alienò le linee internazionali alla società *Immobiliare turistica*.

Ha dunque smentito la precedente impostazione, secondo cui il contratto si sarebbe dovuto ritenere invece valido, in quanto la società aveva ceduto le sue quote per un proprio vantaggio economico, decretandone invece l'invalidità sul presupposto che il difetto di equivalenza fra le opposte prestazioni non può integrare un valido contratto di compravendita, che resterebbe privo di un'adeguata giustificazione causale. Né, d'altronde, l'autonomia privata può sopperire a tale disvalore, che rende il negozio privo di meritevolezza, per non esser stato pattuito alcun corrispettivo.

Il problema non ineriva all'adeguatezza del corrispettivo, perché la cessione non aveva avuto affatto un corrispettivo, e quindi non poteva considerarsi rispondente ad una valida causa.

Analogamente, con precedente sentenza¹²⁰ i supremi giudici avevano affermato che deve reputarsi nullo per mancanza di causa il contratto nel quale non vi sia un'equivalenza almeno tendenziale fra le prestazioni, come quando una delle parti si obblighi ad una determinata prestazione senza che, in cambio, le venga attribuito nulla di più di quanto le spetti per legge”.

Sul medesimo solco, la stessa Cassazione¹²¹ nella soluzione della controversia insorta fra due società, in cui il liquidatore di una delle quali aveva venduto

¹²⁰ Cass. civ. sent. n.6492 /1987. Si trattava di una promessa di corrispettivo di un condomino in favore del condominio, per ottenere in cambio la possibilità di aprire luci nella sua proprietà. Si era poi accertato che egli disponeva già di tale diritto, e quindi il corrispettivo è stato ritenuto senza giusta causa. Sebbene in entrambe le sentenze non affiori il problema dello squilibrio contrattuale, perché il corrispettivo non c'era stato affatto, tuttavia sembra emergere il requisito della proporzione tra le prestazioni, come elemento avente rilevanza causale.

¹²¹ Cass. Civ. sent. n. 9144 del 28-6-1993 *Foro Italiano*, 1994, I, pag. 2489; si riferisce al caso *Soc. Gay Odin c. Soc. Cid.*. La sentenza statuisce che: “l'adeguatezza del corrispettivo è sì un elemento necessario per verificare il reale intento delle parti, ma la sua inferiorità rispetto alla res non costituisce motivo di nullità, dovendo altresì il negozio far riferimento al reale volere dei soggetti”. Difatti, ritenere nulla la vendita quando ci sia solo sproporzione fra le prestazioni, osserva, la dottrina, significherebbe, creare un istituto analogo alla rescissione per lesione, con un ambito di applicazione ancora maggiore, in quanto, sarebbe permesso al venditore di ottenere addirittura la nullità del contratto, pur in assenza di una lesione ultra dimidium e dello stato di bisogno, presupposti dell'art.1448c.c Greco e Cottino, *Della vendita, in Commentario al codice*

all'altra un complesso immobiliare per un valore notevolmente inferiore rispetto al prezzo stimato, stabilì che il contratto dovesse ritenersi valido, non potendosi ravvisarsi nullità per mancanza di causa laddove sussiste un corrispettivo, sebbene inferiore rispetto al valore della "res" alienata.

In sede di merito, il Tribunale di Trieste¹²², in un caso relativo ad una compravendita in cui il prezzo pagato per l'acquisto del bene era risultato notevolmente inferiore al valore di mercato, ha stabilito che il corrispettivo economico "adeguato" integra un elemento causale necessario nella compravendita, che, in assenza di tale elemento, è nulla per mancanza di causa, non potendo ritenersi valida in ragione del mero presupposto formalistico. In conclusione, le norme in tema di esistenza e validità della causa rilevano in senso esclusivo e decisivo, né è necessario valorizzare il carattere soggettivo dell'abuso o dell'approfittamento, data la rilevanza oggettiva della sproporzione fra le prestazioni.

civile, a cura di Scialoja Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, sub. art. 1470 1457, Bologna-Roma, 1981 p. 77.

¹²² Trib. Trieste (ord.) 14-8-1998, in Lanzillo, cit, pag. 220ss. Il caso riguarda una compravendita di un pacchetto azionario di una quota di s.r.l. per un valore di L.35.000, il cui valore nominale era di L.700.000. Simile, ma differente nella motivazione, è la decisione assunta con sentenza del 23 febbraio 1993 dal Pretore di Salerno, che ritenne non meritevole di tutela un contratto di iscrizione ad un corso per corrispondenza, sottoscritto per adesione a condizioni particolarmente onerose. Nel caso di specie era stata pattuito il pagamento di una penale del 40% a carico dell'aderente, operaio disoccupato, nel caso di recesso prima del termine. Quest'ultimo resosi conto dell'inutilità del corso, aveva manifestato la volontà di sciogliersi dal contratto. Il Pretore respinse la richiesta di pagamento della penale, sancendo che "si deve abbandonare la prospettiva codicistica della libertà formale dei contraenti quale unica garanzia di uguaglianza, non apprestando il codice civile adeguati rimedi di tutela a chi si trova in una situazione complessiva tale da non potere influire sul contenuto del contratto". Pretura di Salerno 23 febbraio 1993, *Foro It.*, 1994, I, 1994, p.34. Il provvedimento, è stato emesso sull'assunto che si trattava di un contratto atipico, e pertanto non ritenuto meritevole di tutela, oltre che privo di causa. Dubbi sono stati espressi, in primis, sull'atipicità della clausola penale e del contratto d'iscrizione al corso, fattispecie di per se tipiche, in secundis sull'assenza di discipline codicistiche che sanziano comportamenti prevaricatori di una parte a danno dell'altra, con la mancanza di causa. Con questa decisione, il giudice pur motivando la sentenza con la mancanza di causa, ha infatti emesso un'impugnativa del contratto sperequato, oltre i limiti previsti per l'azione di rescissione.

La decisione, resa in via cautelare, affranca il presupposto dello scambio dalla connotazione volontaristica, per attribuirvi una veste oggettiva al punto che si è parlato di “oggettivizzazione dello scambio”¹²³.

Come si già ampiamente riferito, la mera sproporzione fra le prestazioni non è di per sé sufficiente ad invalidare un contratto.

Ci si chiede allora com'è possibile conciliare la rilevanza causale della oggettiva sproporzione con il principio di libertà ed autonomia contrattuale, alla cui stregua, solo in presenza di anomalie nella formazione dell'accordo e di turbative alla libera formazione del consenso, è possibile mettere in discussione il contenuto economico del contratto. Di certo applicare la nullità per difetto della causa appare eccessivo, perché il sovrapporsi dell'azione di nullità a quella di rescissione per casi di sfruttamento meno gravi, rispetto a quelli previsti dagli artt. 1447 e 1448 c.c., sembra, in mancanza di ogni criterio di coordinamento, difficilmente ammissibile. È comprensibile allora che la giurisprudenza si astenga dal ricorrere dal ricorrere *sic et simpliciter* agli articoli 1322 e 1418 c.c. per negare gli effetti dei contratti abusivi, e che fondi il giudizio di nullità solo quando sia possibile individuare norme imperative di legge precise e ben individuate.¹²⁴

Ed infatti la Cassazione¹²⁵, accertato che un controllo di questo genere avrebbe creato troppi problemi, ha affermato che l'errore sul prezzo non costituisce errore essenziale ex art.1428 c.c, qualunque sia la sproporzione fra le prestazioni, e non costituisce causa di annullabilità del contratto, aderendo al principio che salvaguarda l'autonomia privata che, nello stabilire il prezzo, considera

¹²³ Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del nuovo millennio*, *Contratto e impresa*, 2000, pag.923.

¹²⁴ Lanzillo, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova 2003, pag. 227.

¹²⁵ Cass. Sent. 25 marzo 1996, n.2635.

l'equivalenza fra le prestazioni un elemento naturale, ma non essenziale dei contratti commutativi.¹²⁶

In conclusione, considerato che il controllo giudiziale avviene sul terreno causale, esso deve svolgersi, non sulla falsariga dello schema astratto, ma, in concreto, tenendo conto del reale valore del bene per stabilirne la congruità del prezzo, e tenendo conto della causa concreta, perché solo in questa chiave può essere valutata la meritevolezza degli interessi che il contratto è destinato a realizzare, secondo la volontà espressa dalle parti.

¹²⁶Camilletti, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano 2004, pag. 118.

La causa concreta

L'indagine che deve compiersi laddove lo schema volontaristico adottato dalle parti corrisponda al modello astratto ma con gli adattamenti rispondenti ai loro reciproci interessi, come emerge dalle considerazioni che precedono, avviene in sostanza sul terreno della causa¹²⁷.

Poche parole per ricordare che, essa, annoverata fra gli elementi essenziali del negozio giuridico, è comunemente definita come la ragione pratica del contratto, meglio la funzione che l'atto è diretto a realizzare¹²⁸.

Il codice non enuncia una definizione specifica, ma all'articolo 1343 afferma che la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

La causa assurge a ruolo di fondamento giuridico del contratto, criterio d'interpretazione, strumento di controllo per valutare se i privati perseguono fini conformi a quanto stabilito nell'ordinamento, elemento di qualificazione contrattuale, e si differenzia pertanto dai motivi, fattori estrinseci che hanno indotto le parti a contrarre, ma che non entrano nel contenuto dell'accordo; incapaci di realizzare la funzione contrattuale.

Se prendiamo come punto di riferimento la nozione di causa come "l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare"¹²⁹, si evidenzia come tale interesse

¹²⁷ Nella dottrina tradizionale, Messineo, op, cit, par. 38, pag. 490, Pugliatti, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, Messina, 1934, Carusi, *La causa del negozio giuridico*, Napoli, 1947, Boselli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952.

¹²⁸ In realtà, secondo Messineo, tale nozione non è di per sé concludente perché essa identifica non già un elemento del negozio, ma tutto il negozio in sé preso, definendone il contenuto stesso nella sua interezza. La vendita senza lo scambio non sarebbe neppure ipotizzabile, sicché detta funzione non potrebbe concretarne un solo elemento. Si è allora ritenuto che la causa rappresenti il risultato giuridico oggettivo che il soggetto mira a perseguire, con la conseguenza che la funzione che esplica si attegga diversamente a seconda del soggetto che si prende in considerazione. In entrambe le nozioni, la causa inerisce sia ai negozi aventi contenuto patrimoniale che a quelli non aventi tale contenuto, ad esempio a quelli familiari, come il matrimonio o il riconoscimento del figlio naturale. Invece che secondo il concetto di funzione, la causa deve invece qualificarsi partendo dallo scopo, poiché il negozio non può essere concepito solo come atto avulso dal soggetto che lo compie per conseguire l'effetto suo proprio, cioè utilità per la quale è predisposto.

è oggettivo e nel contempo soggettivo, in quanto le parti adoperano proprio quel contratto per realizzare i propri fini, fanno cioè dipendere la propria volontà di dar vita concreta a quel negozio ed ad attuarlo sicchè esso assume valenza dinamica.

La causa, pur restando elemento oggettivo, scopo tipico, costante ed immutabile del negozio, non ha insomma solo valore descrittivo della funzione del negozio.

Di qui il quesito: se la causa è impersonale, siccome rappresenta la funzione del negozio, in che modo questa viene a congiungersi con gli scopi individuali, dunque empirici e contingenti, dei soggetti che contrattano?

Nella relazione al codice civile del 1942 si legge che, nonostante equivoci e critiche a cui il requisito di causa ha dato luogo, si è stimato necessario conferirgli la massima efficienza come contenuto socialmente utile del contratto, non solo per secolare tradizione, ma anche per un'esigenza di profonda inerenza ai principi di ordine pubblico (e di ordine corporativo), per cui la causa diviene uno strumento mediatico per realizzare attraverso le contrattazioni private fini di carattere generale. Essa non si identifica quindi con lo scopo pratico individuale, e non ha connotazione soggettiva, né è collegata al caso concreto, in quanto opera assolvendo la funzione di controllo della conformità del negozio ai precetti di legge, all'ordine pubblico ed al buon costume, anche per la necessità che il fine voluto dalle parti sia socialmente apprezzabile e perciò meritevole di tutela. Questa concezione oggettiva e positiva della causa, prosegue ancora la Relazione, si trae, su terreno positivo, dall'art. 1345 del codice civile che indica i motivi comuni alle parti come distinti dalla causa¹³⁰.

Tale configurazione, seppur non discordante, non appare però in perfetta sintonia con i valori dell'autonomia privata, e i principi di libertà e democrazia

¹²⁹ Bianca *Il contratto*, cit., pag .451.

¹³⁰ v. anche Ferri G. B., *La causa e il tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, pag 147.

dell'iniziativa economica, che pur hanno espressa consacrazione costituzionale. Come ha rilevato autorevole dottrina¹³¹, sebbene occorra escludere dalla nozione di causa i motivi individuali, tuttavia deve porsi un distinguo tra causa "soggettiva", che rappresenta lo scopo che le parti vogliono realizzare, e causa "obiettiva", che realizza la funzione economica e sociale del contratto in forza della quale il negozio persegue sempre e comunque gli effetti- impersonali- che gli sono costituzionalmente propri e non altri, secondo un'elaborazione rafforzata dall'idea liberale secondo cui la causa rappresenta la funzione economica – individuale- del contratto, elemento che lo differenzia dagli tipi¹³².

A conferma, la nozione di causa solo oggettiva, funzione economica e sociale del negozio, non riesce a spiegare la ragione per la quale i negozi tipici, che pur rispettano la funzione astratta dell'atto, possano avere una causa illecita. Non è sufficiente a superare tale obiezione, il rilievo che la causa illecita si realizzi solo con il negozio in frode alla legge ex art. 1344, c.c. poiché tale figura presuppone la realizzazione di un fine -soggettivo- illecito attraverso una causa invece lecita, con la conseguenza che in concreto la causa è illecita, seppur formalmente essa sia pur sempre lecita, almeno nella sua apparenza¹³³.

Appare di certo più corretto definire la causa come funzione economica soggettiva, ossia sintesi degli interessi che le parti vogliono realizzare e che accedono a quel determinato negozio, e quindi come "causa concreta".

In quest'ottica, i fattori soggettivi, vale a dire gli interessi funzionali che le parti intendono realizzare con quel determinato strumento contrattuale, non operano

¹³¹ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1960, pag 171.

¹³² Alpa, *La causa e il tipo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, *I contratti in genere*, a cura di E. Gabrielli, I, Torino, 1999 pag., 493ss

¹³³ Alpa, in op. cit., cita Di Majo *Causa del negozio giuridico Enc. Guir*, Roma 1988, p. 7 che afferma che si considera la causa solo da un punto oggettivo, questa perde la funzione di strumento di controllo di meritevolezza degli interessi contrattuali.

come elementi estrinseci al negozio, ma s'innestano nel suo contenuto causale, fungendo essi stessi da causa, operando come “la ragione concreta del contratto”¹³⁴.

L'effettiva funzione del negozio quindi non deve essere più ricercata soltanto nello scopo che quel rapporto può realizzare secondo quanto previsto legge, perché “occorre ricercare il significato pratico dell'operazione con tutte le finalità che sia pure tacitamente sono entrate nel contratto”¹³⁵.

La causa allora, nel ruolo espressamente attribuitole dal legislatore di funzione del contratto, vale a dire come sua giustificazione, opera come lo strumento attraverso il quale trova ingresso la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti nella loro autonomia contrattuale; mezzo di controllo della liceità contrattuale, cioè della corrispondenza del negozio con i principi inderogabili dell'ordinamento, che si attua tenendo conto di tutti i moventi soggettivi che hanno portato le parti a contrarre, e che si sostanziano nella struttura del negozio¹³⁶.

Non è in conclusione appagante indagare sul tipo astratto di contratto, ma occorre valutarne la funzione che in concreto le parti vi hanno attribuito.

Il giudizio di nullità del negozio per illiceità della causa non sembra allora non potersi riferire che alla causa concreta.

In questo senso anche le più recenti definizioni giurisprudenziali, frutto di una lunga elaborazione al riguardo, hanno stabilito che” per la qualificazione giuridica del contratto il giudice, pur non ripudiando il concetto astratto e obbiettivo di causa come funzione economico–sociale dell'atto, deve fare riferimento

¹³⁴ Bianca op. cit., pag 451.

¹³⁵ Bianca op. cit., pag 453.

¹³⁶ Camilletti, op. Cit. pag. 123.

all'intento negoziale voluto dalle parti, che renda palese il risultato economico perseguito, valutando in concreto per quale fine le parti abbiano optato¹³⁷.

¹³⁷Cass. Civ. - 24-06-03 n. 10004- . La Cass. civ. a Sezioni unite sent.11-01-1973-n.68 ha affermato che, pur condividendo il concetto di causa come funzione economico sociale del negozio, si deve ammettere che tale funzione non rimanga nel limbo dell'astrattezza, ma deve essere presente anche nel contratto, pur tipico, ma così come concretamente posto in essere dalle parti; dovendo la causa rivestire una funzione concreta e obbiettiva.

L' equilibrio contrattuale ed il principio di buona fede.

L'articolo 1337 c.c. stabilisce che “nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede”.

La chiara formulazione di tale dettato enuncia il principio della buona fede quale canone giuridico, operante in senso etico, cui devono uniformarsi le parti contrattuali già nella fase della contrattazione, punto cardine della disciplina del rapporto obbligatorio che già nella previsione dell'art. 1175 c.c, deve essere improntato a correttezza.

L'art. 1366 c.c. stabilisce che “il contratto deve essere interpretato secondo buona fede”

L'art. 1375 c.c. prevede inoltre che “il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”.

È ormai pacifico che tale requisito deve inteso in senso oggettivo, da non confondere con la buona fede in senso soggettivo, che rappresenta una situazione psicologica di ignoranza di ledere l'altrui diritto. Giurisprudenza e dottrina lo hanno interpretato infatti, in linea teorica, come regola condotta che i soggetti devono rispettare, richiamandosi ai principi di schiettezza, diligenza, correttezza e di solidarietà sociale espressi nell'enunciato dell'articolo 2 della nostra Costituzione.

Sul piano pratico, esso impone dunque a ciascuna parte di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio¹³⁸, come del resto affermato anche dalla Suprema Corte¹³⁹ secondo cui le parti sono tenute ad adottare quei comportamenti che si atteggiavano come un

¹³⁸ Questa definizione è di Bianca, *Diritto civile* Vol. III, *Il contratto*, Milano 2000 pag. 503.

¹³⁹ CaSs. Civ. 9- marzo 1991 n. 2503.

obbligo di solidarietà e di cooperazione senza sfociare in uno specifico dovere di natura contrattuale ed extracontrattuale.

Tale regola di comportamento costituisce una fonte primaria d'integrazione del contratto, ritenuta addirittura prevalente rispetto alle determinazioni delle parti, espressione del principio di moralità sociale attiva e solidale. Ogni altra interpretazione, più restrittiva, non potrebbe trovare giustificazione siccome il combinato disposto degli articoli citati- 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c- introduce una regola di condotta che le parti sono tenute a considerare per dare piena realizzazione al rapporto negoziale, alla cui luce inoltre occorre valutare il loro comportamento ogni volta in cui esso non trovi riscontro nella puntuale disciplina del contratto¹⁴⁰.

La dottrina¹⁴¹ ha sottolineato che è possibile tipizzare il contenuto della buona fede in tre categorie:

in primo luogo il dovere che impone a ciascuna parte di realizzare l'interesse dell'altra e di evitare di recarle pregiudizio;

in seconda istanza l'obbligo d'informazione su circostanze che la controparte aveva l'obbligo di conoscere;

in terza ipotesi l'abuso del diritto come violazione di tale dovere.

Nondimeno sussistono notevoli difficoltà nell'enucleare una nozione chiara e definita di buona fede secondo stretti e precisi confini, data l'illimitatezza del suo contenuto.

Contributi dottrinali di derivazione tedesca hanno privilegiato la sua funzione integrativa, laddove viene a completare le lacune che vengono colmate attraverso diritti e obblighi non imposti dalla legge, ma desunti dalla regola oggettiva della

¹⁴¹Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, II, Padova 2004, pag. 645.

buona fede¹⁴², ciò sul rilievo che l'articolo 1366 c.c. richiama la sua funzione di elemento d'integrazione del regolamento contrattuale, conferendo al giudice il potere di un autonomo apprezzamento della situazione di fatto secondo parametri e valutazioni sociali inerenti all'ambiente nel quale il rapporto si è sviluppato.

Ciò però sarebbe riduttivo, siccome accanto alla funzione integrativa della buona fede si è configurata un'altra funzione primaria, quella di controllo, che si fonda su parametri esterni non riconducibili a elementi intrinseci all'economia del contratto, ma ai comportamenti a cui, secondo valutazioni di carattere etico, sono tenute le parti¹⁴³, secondo una valutazione che non può però definirsi esterna al contratto siccome la valutazione di un comportamento contrario a buona fede si riflette sempre su elementi intrinseci al rapporto incidendo sul fattore economico. La giurisprudenza, seppur velatamente, si è espressa per la prevalenza della funzione integrativa della buona fede, classificandola alla stregua degli altri elementi enunciati all'articolo 1374¹⁴⁴.

È interessante rilevare l'evoluzione di tale categoria che nel codice del 1865, influenzato dalla dogmatica soggettivistica che regnava in quel tempo, l'aveva relegata ad un ruolo di mera integrazione del contratto, che, secondo una concezione volontaristica, era delimitato nel solo ambito della disciplina voluta dai contraenti¹⁴⁵. L'importanza della buona fede, assunta a più pregnante dignità nel codice del '42, si è quindi accresciuta negli ultimi decenni grazie all'influenza della dottrina tedesca, sino al punto d'aver acquistato rilevanza come clausola generale non solo nell'ambito del rapporto stabilito dalle le parti, operando anche

¹⁴² Galgano, op. cit., pag. 434.

¹⁴³ Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna- Roma, 1998 art. 1175, pag. 304.

¹⁴⁴ Cass. Civ. 24- 3 1981 n. 2452, in *Foro It.* 1982, I, pag. 34.

¹⁴⁵ D'Angelo, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede*, *Contratto e impresa*, 1999, pag. 709.

come criterio direttivo per il giudice, nella sua sfera di apprezzamento autonomo, per “la concretizzazione della norma”. È vero, però, a tal riguardo, che la genericità e l’illimitatezza del contenuto di questa clausola ha fatto nutrire ai giudici nell’adottarla, soprattutto per il passato, non poche remore. Ed infatti, la Suprema Corte ha affermato che un comportamento contrario a buona fede non può essere classificato come illegittimo o colposo, né può dar luogo ad un’azione di responsabilità se non si estrinseca in un danno ad un diritto appositamente riconosciuto da una norma¹⁴⁶ con decisione che è ormai datata, siccome fondata su quell’impostazione di pensiero che tendeva a confondere il principio di buona fede con il precetto di “neminem laedere” che si registra però come superata.

Ed infatti, è ormai pacifico infatti che la domanda di risarcimento fondata sulla violazione di tale canone è indipendente da ogni altra, quale quella di risoluzione o di adempimento, e può anche essere proposta in via autonoma dal momento che la disposizione contenuta nell’1453 cod. civ., facendo salvo in ogni caso il risarcimento del danno, non subordina l’azione risarcitoria al necessario esperimento dell’azione di risoluzione, né, a maggior ragione, al suo accoglimento (cfr. Cass. n. 5774/1998, n. 10741/2002).

Per altro verso si è ritenuto infine (cfr. Cass. n. 12310/1999 e n. 2788/1999), che il principio di correttezza e buona fede, nell’enunciazione sopra riferita della Relazione ministeriale al Codice Civile, attua in concreto un dovere di solidarietà che permea la vita intera del contratto, dalla fase delle trattative sino a quella della sua esecuzione, ed esplica rilevanza a prescindere dal fatto che esso sia stato espressamente consacrato in concreto in specifici obblighi contrattuali, ovvero sia richiamato dalle norme di legge che governano il singolo rapporto. Trattasi infatti

¹⁴⁶ Cass. Civ. 16-2-1963 n. 357.

di un dovere giuridico autonomo, regola di comportamento fondamentale nella disciplina legale delle obbligazioni, dalla cui violazione, tenendo conto delle circostanze concrete, può discendere ex se, se provato, un danno risarcibile.

Indugi nell'applicazione del concetto di buona fede si riscontrano anche negli autori che non ne ammettono l'interpretazione analogica¹⁴⁷, contraddicendo così il ruolo prioritario che esso assume nel disciplinare il rapporto obbligatorio.

Ma i timori della giurisprudenza, come si è detto ormai superati, erano giustificati dall'ampiezza e dall'indeterminatezza del significato che appariva in affetti più appagante, non intendendosi schematizzarlo in definizioni adattabili a casi specifici e per ciò steso empiriche ed inadeguate, ma piuttosto adattarlo alla molteplicità dei comportamenti vagliati.

Ma allora, è lecito chiedersi in che posizione si pone la buona fede rispetto ai parametri convenzionali stabiliti dalle parti.

Si è difatti affermato che questa regola costituirebbe una limitazione all'autonomia privata, dato il suo carattere imperativo, rappresentando un canone di comportamento che deve essere rispettato in ogni momento della fase contrattuale, che non può essere disatteso dalle parti. Se così è, si è però replicato, il precetto assumerebbe un ruolo eccessivamente destabilizzante nella libera contrattazione, che, nel definire l'assetto economico- giuridico del rapporto, sarebbe esposta ad un intervento integrativo e modificativo ad opera del giudice.

Appare necessario a questo punto ritornare alla giurisprudenza, per rilevare che, il più delle volte, è stata concorde nel ritenere che siamo in presenza di una disciplina comportamentale che, anche se non si trova espressa in specifiche pattuizioni, le parti non possono disattendere, e, in questa prospettiva, l' ha

¹⁴⁷ Cass. Civ., 20- 7- 1977 n. 3250.

applicata per negare efficacia a quegli accordi la cui esecuzione, secondo quanto disposto dal contratto, avrebbe costretto uno dei soggetti ad accontentarsi di un corrispettivo troppo esiguo, avendo dunque ravvisato squilibrio tra le reciproche posizioni delle parti.

Il principio è enunciato nella nota decisione della la Corte di Cassazione sul c.d. famoso caso Fiuggi, in cui si era verificato che il Comune di Fiuggi si era impegnato a dare all'Ente Fiuggi in concessione lo sfruttamento delle proprie acque, verso un corrispettivo che variava in percentuale al costo di vendita di fabbrica delle bottiglie. La società nel corso degli anni, nonostante la svalutazione monetaria, aveva lasciato invariato il prezzo di acquisto delle bottiglie in fabbrica, mentre aveva aumentato in proporzione quello di mercato in modo tale da non subire i danni della diminuzione di valore della moneta; pertanto aveva lucrato la differenza di quanto doveva al Comune, sul quale era quindi ricaduta l'inflazione. L'ente locale, perciò, chiese il risarcimento dei danni conseguiti, ma la sua domanda venne respinta nelle sede di merito con pronuncia della Corte d'appello, che venne però cassata in sede di legittimità sull'assunto che il comportamento della società doveva ritenersi contrario al dovere di correttezza sancito dall'articolo 1175 c.c., che rappresenta un limite che le parti sono tenute a rispettare, rappresentando espressione di un dovere inderogabile di solidarietà sociale che deve essere osservato in ciascuna delle fasi contrattuali. Nella specie, il comportamento dell'Ente Fiuggi aveva depauperato scorrettamente il Comune concedente, mediante un comportamento "oggettivamente" incompatibile con la buona fede¹⁴⁸

¹⁴⁸ Caas. Civ. 20-4-1994 n. 3775,annotata in *Foro it.*,1995,I,pag.1296.

La pronuncia ha tracciato le linee di un solco nel quale si è collocata l'importanza del principio della buona fede come strumento utile per ristabilire l'equilibrio contrattuale, e si è quindi decretata, contraddicendo il precedente indirizzo, l'invalidità di clausole contrattuali contrarie a buona fede.

In questo filone, ancora una volta la Cassazione, in un contratto di leasing, ha annullato la clausola che a suo parere rischiava di sovvertire l'equilibrio contrattuale, al punto da convertire il contratto di scambio in un contratto di credito¹⁴⁹, e la giurisprudenza di merito che ha ritenuto che il principio della buona fede integrativa può incardinare l'obbligo di rinegoziazione delle parti nel caso di un sopravvenuto squilibrio contrattuale¹⁵⁰.

In proposito, con pronuncia espressa in un noto lodo arbitrale¹⁵¹, si è affermata la duplice funzione della buona fede (integrativa e interpretativa), che funge da limite all'autonomia privata nell'esercizio di pretese sperequate, sicché le parti sono ad operare nei limiti della propria utilità ma salvaguardando quella dell'altro.

La conclusione alla quale tale percorso consente di giungere è quindi che, non si può non tenere in considerazione la buona fede se una parte si trovi in una

¹⁴⁹ Cas. Civ.2- 11- 1998, n. 10926 *Foro it.*,2000,pag. 3081. La Cassazione con questa decisione si è espressa in modo poco significativo riguardo la clausola di buona fede, che riveste solo un ruolo accidentale, senza dare rilevanza al principio nel valutare il comportamento delle parti, e nella decisione.

¹⁵⁰ Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli 2000 pag. 264 ha stabilito che la clausola della buona fede offra parametri analitici e concreti verso i quali si deve rivolgere la trattativa di rinegoziazione in armonia con l'equilibrio originario tali da non determinare il rifiuto . La parte adempiente potrebbe richiedere l'intervento del giudice il quale rifacendosi ai valutazioni di equità correttezza e all'assetto economico giuridico iniziale, non si sostituisce all' autonomia privata ma determina i criteri ai quali i soggetti devono attenersi per un' equa composizione degli interessi.

¹⁵¹ Si tratta del lodo, Alpa Sbisà,,Nanni e relativa ad una compravendita di azioni da pagarsi in due parti, la prima al momento della girata, la seconda secondo quanto era previsto dal regolamento contrattuale. Il negozio stabiliva che in caso di quotazione della società acquirente dovesse pagare un ulteriore prezzo da calcolarsi sul valore "ipo", mentre in caso di mancata quotazione era previsto un ulteriore costo calcolato secondo parametri fissi. Non essendo stata più la società quotata in borsa, la parte acquirente rifiutava di pagare quell' ulteriore prezzo maggiorato su tassi invariati, eccependo la diminuzione del valore del bene ceduto. Convenuta in giudizio dai venditori per inadempimento, l'acquirente si difendeva dimostrando l'eccessiva onerosità della prestazione, e chiedeva che il collegio arbitrale riconoscesse l'eccessiva onerosità e modificasse equamente le condizioni contrattuali. Marasco, op. cit. pag. 540.

situazione svantaggiata tale da ingenerare uno squilibrio contrattuale che porti utilità ad una sola unità del rapporto contrattuale.

In quest'ottica il Tribunale di Roma¹⁵², in un caso in cui il creditore –mutuante-aveva stabilito che, in caso d'inadempimento, il mutuatario dovesse corrispondere tassi d'interesse particolarmente elevati, approfittando in questo modo del ritardo del debitore, ha ravvisato violazione del dovere di buona fede, concretatasi in un atteggiamento scorretto operante nella fase di esecuzione del contratto, che rendeva perciò necessario l'intervento correttivo del giudice.

Insomma, il canone della buona fede è divenuto, grazie alla sensibilità cui è improntato il diritto vivente, un efficace strumento attraverso cui il giudice opera un controllo sul contratto per riportarlo all' equilibrio che necessariamente presidia il sinallagma¹⁵³.

Quindi è possibile concludere che, nell'ambito del problema dell'equilibrio contrattuale, la buona fede ha la funzione di evitare che il contratto diventi uno strumento tramite il quale una parte approfittando della propria posizione di forza riesca a imporre condizioni inique all'altra, senza per questo divenire un limite all'autonomia privata, poiché, anzi, la sua funzione è proprio quella di permettere un corretto esplicarsi del rapporto contrattuale e quindi il perseguimento degli interessi che le parti si sono prefissate nell'atto nella manifestazione del voluto.

¹⁵² Sent. 10 luglio 1998, anotata in Caringella, *Studi di diritto civile*, Milano 2003, pag.1777

¹⁵³ Nanni, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza, Contratto e impresa*, 1986, pag. 518. Il principio di buona fede ha inciso anche nel contratto di assicurazione. La Cassazione con sentenza del 7 luglio 1985 n. 4064 ha affermato che l'assicuratore è tenuto all'adempimento della sua prestazione nei confronti dell'assicurato secondo un principio di correttezza e buona fede. Se ritarda senza giustificato motivo la sua obbligazione, il limite del massimale è stabilito secondo l'originario importo dell'indennizzo e accessorio, non anche da ulteriori danni che traggono origine da fatto proprio dell'assicuratore posto in essere nella fase attuativa, distinta e autonoma obbligazione verso il danneggiato. Vanno citate altre decisioni che si appellano al dovere di buona fede nelle negoziazioni. Al riguardo la giurisprudenza trib Roma sent. Del 14- giugno 1985annotata in *Foro Pad*, 1985,I, pag.243 ha stabilito che ciascuna parte ha l'obbligo di rendere note le circostanze rilevanti al fine dell'adempimento dell'obbligazione; valutando come scorretto il comportamento del creditore che avendo ricevuto per il pagamento del proprio credito un assegno circolare privo della firma di girata e quindi non riscuotibile, anziché avvertire il debitore della svista, inizia un procedimento nei suoi confronti.

Al rispetto di tale principio, si è infine ispirata la pronuncia delle Sezioni Unite¹⁵⁴ della S. C., che, ha decretato la riducibilità d'ufficio della clausola penale sia nel caso in cui essa risulti eccessiva, sia nel caso in cui appaia tale perché l'obbligazione sia stata in parte eseguita, sull'assunto che il potere officioso di ridurre la penale, che la norma contenuta nell'art. 1384 c.c attribuisce al giudice, *“ mira a salvaguardare l'interesse generale, per impedire sconfinamenti oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, ... non tanto per interessi individuali, ma piuttosto per una funzione correttiva di riequilibrio contrattuale...”*

È chiaro che la S. C. ha inteso superare la concezione ottocentesca dell'autonomia privata intesa in ambito solo soggettivo, che giustificava la necessità della richiesta di parte per l'intervento del giudice, ed ha tenuto conto del fatto che la costituzionalizzazione dei rapporti privati è influenzata ex se dai principi di solidarietà sociale (articolo 2 e 41 della Costituzione)¹⁵⁵ in modo tale da plasmare l'interesse dei soggetti che giungono alla negoziazione, cosicché l'iniziativa economica privata si esprime attraverso lo strumento contrattuale in un concorrente dovere di solidarietà nelle relazioni intersoggettive.

Tramontato il mito ottocentesco della priorità della volontà privata, e perdendo dunque la figura dell'accordo una connotazione solo soggettiva, per indossare una veste oggettiva, l'intervento riduttivo del giudice non viene più visto come un limite al libero potere di disposizione pattizia, ma come uno strumento che

¹⁵⁴ Mi riferisco alla recente sent del 13-9-05 n. 18128 che ha riproposto il problema della riducibilità d'ufficio della clausola penale sollevato dalla Cass, nella sent. n. 10511 del 24-9-1999, dalla sent. del. 23-05.03 n .8188.

¹⁵⁵ L'art. 2, garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. L'art 41afferma che l'iniziativa economica privata è libera, e non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni in modo che l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

realizza i prioritari interessi dell'ordinamento, elemento di controllo dell'autonomia privata in vista d'interessi superiori.

Di qui l'approdo, come si è rilevato non concordemente condiviso, secondo cui la libertà contrattuale deve essere sacrificata rispetto all'interesse prioritario dell'ordinamento, rimettendo all'interprete il compito di valutare nell'esercizio dei poteri equitativi non il valore della prestazione in sé considerata, ma l'interesse che ha la parte secondo le circostanze concrete ha all'esatto adempimento del contratto, tenendo conto delle ripercussioni sull'equilibrio delle contrapposte prestazioni e l'effettiva incidenza dell'inadempimento sulla situazione contrattuale concreta; pertanto l'attribuzione di un potere riduttivo al giudice, che non deve essere più considerato eccezionale perché l'iniziativa economica privata deve essere correlata al dovere di solidarietà sociale, così come stabilito dall'articolo 41 della Costituzione, che entrando in sintonia con il principio di buona fede, lo arricchisce e lo permea di un tessuto normativo, funzionalizzando in tal modo il rapporto obbligatorio anche a tutela dell'altra parte nel limite in cui questa non si scontri con il proprio interesse.

Ne consegue, in questa nuova chiave di lettura, che, dovendo il creditore imporre la sua pretesa nel limite in cui non gravi in modo eccessivo sul debitore, e avendo assunto il canone della buona fede un ruolo integrativo e immanente al contratto, la riducibilità della clausola penale non può operare che come la concretizzazione di questo dovere, che impone la necessaria proporzionalità tra sanzione e violazione, proiezione dell'interesse dell'ordinamento che mira a garantire questa simmetria, per cui il potere officioso del giudice non può che essere un estrinsecazione del rilievo obiettivo che assume il negozio giuridico nel nuovo

sistema, che impone un concorrente dovere di solidarietà nei rapporti inter-soggettivi.

Il rispetto della buona fede, coniugandosi all'adeguatezza tra le prestazioni, rappresenta elemento di per sé sufficiente a garantire rispondenza di valori che una concezione solidaristica dell'ordinamento mira a garantire¹⁵⁶, nel cui ambito la clausola penale rappresenta uno strumento conferito all'autonomia privata, limitatamente alla determinazione preventiva del danno in via convenzionale forfetaria, sotto il però controllo del giudice, che in questo caso opera sulla scia di un riscontro di meritevolezza, nell'ottica della buona fede operante come strumento di verifica che riporta il contratto al giusto equilibrio.

Se ciò vero, è vero però anche che la recente decisione delle Sezioni Unite sopra citato non si sottrae alla critica¹⁵⁷ di cui rileva che gli accordi gravemente iniqui sono di certo sanzionati con la nullità, ma solo se ne fa richiesta la parte interessata.

¹⁵⁶Perfetti, *La riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Aprile 2006 pag. 190. Secondo questo autore il principio di buona fede e correttezza che plasma il rapporto obbligatorio, costruirebbe una barriera per l'interprete nel suo potere di imporre limiti all'autonomia e garantire la proporzionalità tra sacrifici e vantaggi. Difatti rifarsi al solo principio della buona fede come canone per valutare l'equilibrio contrattuale, richiederebbe la ricostruzione di un binomio tra riducibilità e scorrettezza venendo a sacrificare l'opera del giudice che si troverebbe confinato in un apprezzamento sul comportamento delle parti senza poter fare liberamente appello al valore dell'adeguatezza come carattere autonomo e principio fondamentale dell'ordinamento. La perplessità secondo questo autore nasce dal fatto che non è sempre possibile una relazione fra riducibilità e scorrettezza, difatti il magistrato può ridurre la penale perché "eccessiva" non solo se è stata così pattuita dall'origine, contravvenendo in questo modo il credito principio di onestà nel rapporto obbligatorio, ma anche perché può risultare successivamente "sproporzionata" se vi è stato un adempimento parziale, allorché rileva all'opposto il comportamento scorretto è quello del debitore che ha posto in essere una prestazione inesatta. La Cassazione, tuttavia ha affermato la riducibilità della penale sia nell'ipotesi di penale eccessiva, sia in quella di clausola successivamente sproporzionata. A ben vedere però questa concezione scardina l'intera linea di pensiero alla quale è oramai incline la giurisprudenza. Se difatti il ricorso alla principio della buona diventa vano nel secondo caso (penale sproporzionata) lo diventa anche nel primo (penale eccessiva).La Cassazione ha motivato entrambe le sentenza sul principio della buona fede. Questo principio se è un elemento portante del rapporto obbligatorio, non si comprende perché possa operare solo nel caso di penale eccessiva e non di penale irrisoria, nel caso in cui non sia stata convenuta la risarcibilità dell'ulteriore danno. In questo caso, più che la buona fede, si potrebbe dichiarare nulla la clausola, in quanto viola l'art. 1229 c.c., consentendo infatti al debitore un esonero di responsabilità per inadempimento anche per dolo o colpa grave.

¹⁵⁷Ferri G. B., *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. e giur.* N. 1/ 2004, pag.1 ss.

Affermare allora che la buona fede è uno strumento per garantire la proporzione fra le prestazioni in funzione correttiva della volontà dei contraenti, è corretto; resta dubbio, però, nonostante l'intervento autorevole delle SS.UU., che il giudice eserciti al riguardo un potere officioso, nel senso che agisca senza essere sollecitato dalla parte che soffre lo squilibrio, agendo come depositario del fondamentale valore di equità e giustizia che deve garantire la proporzionalità delle negoziazioni, in ragione della confluenza del valore di solidarietà sociale come dovere ormai immanente nella dinamica contrattuale, che finisce così per operare non solo accanto all'iniziativa privata, ma al di sopra di essa.

È lecito porsi il problema se un così pregnante ingerenza non contraddica con lo spirito del commercio e della contrattazione, e fino a che punto infatti l'odierno diritto possa interferire e sacrificare l'autonomia privata¹⁵⁸.

Buona fede, vuol dire in conclusione che il contratto non può diventare uno strumento per introdurre clausole che danneggiano la controparte, fermo restando

¹⁵⁸Ferri G. B., op. cit., pag. 1 ss. L'autore, in commento alla sent. n. 10511 del 24-9-1999 ricorda le parole di F. Vassalli secondo il quale "la solidarietà corporativa (dovere al quale si è rifatta la Cassazione nel motivare la sentenza di cui sopra) non ha nulla a che vedere con i rapporti obbligatori". Da tali parole Ferri ne deduce che la genericità e l'astrattezza del principio di buona fede non può sostenere un intervento officioso del giudice che pertanto ha bisogno di un'esplicita previsione normativa. Secondo l'autore questa concezione solidaristica che si evince dalla lettura dell'articolo 2 della Costituzione è il frutto del passaggio di un'idea ottocentesca che valorizzava la proprietà privata passiva come unica fonte di ricchezza, ad una proprietà attiva che incentra la produzione sull'impresa ma anche sul possidente che è diventato a sua volta produttore. Da qui i limiti imposti a questa nuova figura proprietario da varie leggi basta citare l'articolo 832c.c. che sancisce il dovere di osservanza dei confini previsti dall'ordinamento. Il contratto è il mezzo per attuare e scambiare ricchezza, che venendo dunque collegato alla produzione subisce il sacrificio imposto alla volontà in vista d'interessi superiori. Il codice del 1942 sebbene plasmato di questa nuova concezione, tuttavia ha posto l'importanza e la centralità del volere delle parti nelle contrattazioni, così come risulta dall'articolo 1424c.c. che decretando la conversione del negozio nullo rileva il ruolo prioritario che la volontà delle parti assume come principio cardine del negozio. Secondo questo autore il potere "invito domino" del giudice di ridurre la clausola penale non può essere espressione di un valore oggettivo delle negoziazioni così come ha motivato la Suprema Corte, ma la clausola in questione rappresenta il frutto della libertà dei soggetti che scaturisce da un'idea soggettiva e non oggettiva del contratto. L'illustre commentatore chiarisce con disappunto come negli ultimi anni (non cito i vari interventi comunitari, che ho intenzione di descrivere nelle pagine successive), il potere officioso del giudice sembra maggiormente rinvigorito da un'idea, per adoperare le sue parole, "statalista" del contratto.

la piena libertà contrattuale ed economica dei contraenti di perseguire i loro interessi individuali nel rispetto dei valori prioritari dell'ordinamento¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Gallo, *Buona fede oggettiva e trasformazione del contratto*, Riv. dir. civ, 2002, pag. 57ss.

L' equilibrio contrattuale e l' equità

L'articolo 1374 c.c. recita “il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche alle conseguenze che derivano secondo la legge, o in mancanza secondo gli usi e l'equità, indicando questa come la prima fonte d'integrazione del contratto.

Oltre gli usi pertanto fonte di “produzione”¹⁶⁰ del diritto è l'equità.

Il tema dell'equità è un tema generale che da sempre ha affascinato gli studiosi del diritto e che coinvolge molteplici aspetti e discipline.

In omaggio all'esigenza di certezza del diritto, all'equità è dato far ricorso solo in casi eccezionali¹⁶¹, ossia laddove non esistono norme di riferimento. In simile ipotesi giudice applica tale fonte per ricercare un principio da applicare. Trattasi invero di fonte d'integrazione suppletiva e non cogente del contratto, mediante cui l'interprete colma le lacune del sistema (equità cosiddetta formativa) attingendo a regole coerenti con le logiche e gli equilibri del rapporto.

Più spesso all'equità viene però assegnato un diverso compito, quello di mitigare la rigidità della norma, e in tal senso si dice che è criterio d'interpretazione¹⁶². Ne rappresenta testimonianza la norma contenuta nell'articolo 1371 c.c. che prevede che “qualora nonostante l'applicazione delle norme che dettano criteri d'interpretazione soggettiva e oggettiva, contenuta nel Capo IV del codice, intitolato dell'interpretazione del contratto, il contratto rimane oscuro, questo esso

¹⁶⁰Giannini *Arch. Giur.*, 1931(vol. 105-6), Osilia, in *Foro Pad.* 1948, III, 4 articolo 1374c.c parla d'equità d'integrazione.

¹⁶¹ Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. I, Milano 1960 pag. 81.

¹⁶² Messineo, op. cit., pag. 80 afferma che in questo caso la violazione del principio di equità non è materia per ricorso in Cassazione.

deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato se è a titolo gratuito, nel senso che realizzi l'equo contemperamento se a titolo oneroso¹⁶³.

Il legislatore stesso vi fa rinvio in casi specifici, laddove autorizza il giudice a mitigare il rigore di un precetto giuridico in vista di situazioni poco chiare, al fine di eliminare squilibri e sperequazioni¹⁶⁴, tenendone conto per regolare punti che non sono stati precisamente determinati all'interno del contenuto contrattuale nell'ottica di un equilibrato assetto negoziale¹⁶⁵.

E' stato detto¹⁶⁶ che mentre la buona fede crea una regola di condotta adatta al caso di specie, l'equità non costituisce un principio generale di regolamento in quanto opera solo laddove è espressamente richiamata, e, pertanto, trova applicazione solo con riguardo al caso concreto; definendosi per l'appunto così come secoli fa affermò Aristotele la "giustizia del singolo caso"¹⁶⁷.

¹⁶³ Bianca, *Diritto civile*, Vol. III, *Il contratto*, Milano, 2000, pag. 443, afferma che la norma deve essere intesa nel senso che il canone del minor onere per l'obbligato nei contratti a titolo gratuito non è altro che espressione dello stesso principio equitativo che realizza l'equo contemperamento d'interessi nei contratti onerosi. Difatti tale precetto tende a contemperare l'interesse del creditore ad ottenere il massimo vantaggio e quello dell'obbligato, che non ha in cambio nessun corrispettivo, al minor sacrificio possibile. Secondo questo autore questa regola d'interpretazione è di chiusura, nel senso che si applica in via marginale quando gli altri canoni non consentono di risalire al significato del contratto.

¹⁶⁴ Messineo op. cit. pag. 105.

¹⁶⁵ Roppo *Il contratto*, Milano 2001, pag. 490.

¹⁶⁶ Rodotà., *Le fonti d'integrazione del contratto*, Milano 2004 pag. 246. "l'equità non può essere compresa tra le clausole generali, proprio perché essa non si risolve nell'individuazione di un parametro, sia pure elastico, ma in un ampliamento dei poteri del giudice, in ordine a circostanza che in altri casi sarebbero irrilevanti". Per Giannini *Arch. Giur.*, 1931(vol. 105-6) Osilia, in *Foro Pad.* 1948, III, 41 .

¹⁶⁷ Per Aristotele, l'equo sta per giusto ma non secondo la legge, bensì e correzione e supplemento del giusto legale, poichè questa è la natura dell'equo, ossia d' integrare la legge là dove è insufficiente a causa del suo carattere indeterminato. Nelle parole di Aristotele s'intravede il contrasto fra legge scritta ed equità, intesa la prima come legge scritta, la seconda come giustizia. L'età della codificazione riafferma il contrasto fra legge ed equità. Il giusnaturalismo razionalistico vede nella legge l'unico sovrano, l'unico diritto valido. Con l'affermarsi dell'illuminismo non trovano più spazio attestazioni di diritto diverse dalla legge, l'equità diventa pertanto il ritorno alla legge naturale. In realtà dal momento in cui il diritto è considerato solo legge scritta, allora l'equità si contrappone al diritto. Se invece il diritto viene considerato non solo legge scritta, ma in questa ricompresa allora anche l'equità potrà essere considerata diritto. Per vero il ricorso all'equità appare ciclico e lo si ritrova laddove il diritto statale registra momenti di crisi. Finocchiaro, *Il giudizio di equità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *Contratto e impresa*, 2005 pag. 102 ss.

Non vi è dubbio tuttavia che costituisce invece un principio giuridico, nel cui nome, in altri paesi¹⁶⁸, al giudice è consentito applicare istituti diversi dal diritto comune, operando come un ordinamento parallelo, e separato rispetto agli altri organismi legalmente vigenti.

Si è sostenuto¹⁶⁹ ancora che, mentre l'equità tende al giusto temperamento delle prestazioni secondo le regole di mercato, la buona fede costituisce una regola di comportamento per le parti intrinseca al contratto, anche se non espressamente richiamata.

C'è inoltre chi ha associato i due principi, affermando che fondandosi entrambi su regole d'opinione, sono intercambiabili¹⁷⁰, ma al riguardo per vero non può non rilevarsi, che mentre la buona fede opera come principio di condotta, l'equità funge da strumento di equilibrio contrattuale per attribuire un giusto prezzo alla prestazione (v. in proposito la norma contenuta nell'art. 1371 c.c. sopra citata¹⁷¹)

Il più delle volte nelle applicazioni giurisprudenziali i due concetti di equità e buona fede sono stati applicati promiscuamente, ed infatti al posto dell'equità, anche se nel diritto è espressamente richiamato come elemento riequilibratore, la buona fede è stata lo strumento di riferimento cui l'interprete si è rifatto per stabilire un giusto rapporto fra le prestazioni.

¹⁶⁸Nei paesi del common law, di derivazione anglo americana.

¹⁶⁹Rodotà, op. cit. pag. 176.

¹⁷⁰Sacco e De Nova, *Il contratto*, Torino, 1993, pag. 414 sostiene che entrambe le figure mirano a realizzare il giusto temperamento degli interessi equiparando in questo modo equità e buona fede.

¹⁷¹Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti d'integrazione del contratto*, *Contratto e impresa*, 1999 pag. 86. Necessaria appare una precisazione, gli articoli 113 e 114 del codice di procedura civile si richiamano al principio di equità. Il primo sancisce che il giudice può decidere secondo equità se le leggi lo permettono. Il secondo gli conferisce questo potere quando riguarda diritti disponibili delle parti e queste gli ne fanno richiesta. Tale equità detta per l'appunto "equità sostitutiva" rappresenta l'eccezione alla regola, concedendo al giudice la possibilità di non applicare il diritto laddove è permesso. Il primo articolo disciplina l'equità cosiddetta necessaria, il secondo l'equità concordata il mentre l'art. 822 c.p.c. disciplina l'equità nel giudizio arbitrale.

Ma il principio che stiamo esaminando non rappresenta solo enunciazione di carattere generale; esso è infatti nominato espressamente come fonte di regolamento in relazione a determinati tipi contrattuali. Assume inoltre aspetto privilegiato allorquando è rimessa all'equo apprezzamento del giudice la determinazione di corrispettivi dovuti in cambio di beni o servizi, o di somme dovute in relazione a certi sviluppi del rapporto¹⁷², come nel caso di risoluzione della vendita con riserva di proprietà, laddove è previsto l'equo compenso per il venditore- art. 1526 c.c., oppure nell'appalto nel caso in cui è previsto un equo corrispettivo per l'appaltatore in caso di sorpresa geologica- art. 1664 c.c..

Nella valutazione equitativa, il giudice, applicando la regola che contemperi gli interessi delle parti, deve necessariamente far ricorso ad un criterio di apprezzamento oggettivo che tenga conto del giusto valore patrimoniale delle rispettive prestazioni, al fine di raggiungere il risultato della corrispondenza fra i sacrifici e vantaggi patrimoniali conseguenti all'esecuzione del contratto.

L'equità, intesa come il giusto valore di scambio, non può che essere allora definita come l'attuazione pratica dell'equilibrio contrattuale oggettivo¹⁷³ che non opera però sempre nel medesimo senso. Ed infatti, come abbiamo avuto modo di vedere, gioca un ruolo differente nei casi previsti dagli 1450 e 1467 c.c..che prevedono entrambi la possibilità di paralizzare la domanda, di rescissione o di risoluzione del contratto, chiedendo al giudice di modificare equamente il contratto.

¹⁷²Roppo, op. cit., pag. 491. L'equità nell'accezione contrattuale è un criterio secondo il quale un soggetto diverso dai contraenti, dovrà partecipare alla costituzione del regolamento negoziale e ha il potere di assumere quelle circostanze che appaiono più adatte allo scopo.

¹⁷³ Camilletti, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano 2004, pag. 84.

Ed invero, nel contratto rescindibile, secondo la dottrina¹⁷⁴ la proporzione fra le rispettive prestazioni manca fin dall'origine del rapporto, e *la reductio ad equitatem* rettificandone il contenuto al fine della sua conservazione, non incide sulla tipologia negoziale, ma riporta il contratto al giusto rapporto di scambio, in modo che fra i rispettivi vantaggi e sacrifici vi sia un equilibrio oggettivo.

Nel contratto risolubile, invece, il rapporto di scambio, nato da una libera determinazione delle parti, si è alterato solo nella sua fase funzionale, indi successivamente, a seguito di eventi straordinari e imprevedibili; pertanto la *reductio ad equitatem*, non impone al convenuto di riportare il contratto alla situazione esistente al momento della sua conclusione, ma l'offerta deve ritenersi equa se riconduce il rapporto ad una situazione sinallagmatica, tale che se fosse esistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandare la risoluzione¹⁷⁵. La sua ratio risiede dunque nel fatto che la modifica equitativa del contratto è vantaggiosa sia per il debitore, che non viene ulteriormente gravato per la sua onerosità sopravvenuta, sia per il creditore che ottiene comunque un incremento del suo patrimonio.

Ma a questo punto occorre fare un passo indietro e chiedersi che rapporto c'è fra equità e diritto, di contrapposizione oppure di congiunzione.

Una parte della dottrina¹⁷⁶ ritiene che l'equità sia una regola di giudizio diverso dal diritto, che regola il fatto non secondo la realtà obbiettiva, ma così come viene trovata e formulata nel giudizio.

Secondo un'altra parte della dottrina¹⁷⁷ l'equità non si contrappone al diritto, ma la corregge e la completa al momento dell'attuazione del singolo caso. L'equità

¹⁷⁴ Gatti, op. cit. pag. 86.

¹⁷⁵ Cass. Civ. sent. 11-1-1992 n. 247.

¹⁷⁶ Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile, Premesse teoriche*, Padova 1959 pag. 230.

¹⁷⁷ Brogгинi, *Aspetti storici e comparativistici, in L'equità. Atti del convegno del centro nazionale di previdenza e difesa sociale*, Milano, 1975, p. 19.

pertanto rimane diritto e completamento della norma scritta non costituendo elemento di giudizio eterogiuridico. Così la Cass, con sentenza n. 206 del 2004 ha previsto che l'equità è regola di giudizio non scritta, ma che s'ispira alla fattispecie completa, alla stregua dei principi espressi nel diritto positivo. L'equità¹⁷⁸ in conclusione non fonte è di diritto oggettivo, ma è un criterio elastico il cui contenuto va ritrovato nella coscienza etica e sociale del tempo, che non è creata ma trovata, ed al tempo stesso è rivelatrice della regola, non essendo in contrapposizione ma in congiunzione e in continuità con il diritto.

¹⁷⁸ Cass. Civ. sent. 22-11-1991 n.11207

Capitolo V

L' EQUILIBRIO CONTRATTUALE DALLA DISCIPLINA CODICISTICA ALLA NORMATIVA COMUNITARIA

Come si è a lungo rilevato, il legislatore del 1942, attraverso l'istituto della rescissione e risoluzione, ha affrontato il problema dello squilibrio contrattuale secondo una prospettiva improntata a concezione tesa a valorizzare l'autonomia privata e l'accordo da cui scaturisce l'assetto contrattuale, inteso come la volontà creatrice dell'autoregolamento di rapporti giuridici patrimoniali, che rappresenta, in chiave soggettiva, la più incisiva manifestazione della libertà delle parti e, in chiave oggettiva, l'elemento che disciplina il rapporto negoziale, momento costitutivo essenziale del contratto.

Il contesto internazionale fortemente industrializzato e la conseguente modernizzazione degli scambi sul mercato hanno comportato il necessario sviluppo di un rapido momento perfezionativo della trattativa cosicché, nella prassi commerciale, al contratto individualizzato si è andato sempre più sostituendo la consuetudine generalizzata di coloro che operano nel settore della produzione, e quindi la conclusione dei contratti mediante moduli o formulari¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. di proc. civ.*, 1998, pag. 17ss.; cita le parole di Irti, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 3, p. 298 che afferma, esaltando la logica spersonalizzata dell'impresa, che "il contratto diviene espressione della sua razionalità, tanto precisa e lucida, quanto meccanica e anonima" costituendo il suo pallido e ubbidiente strumento. L'egemonia dell'impresa, con il suo contratto standardizzato, verrebbe allora ad assumere un ruolo centrale almeno l'area economica del diritto privato, provocando così sconvolgimenti anche per gli altri istituti. La contrattazione di massa, ha indotto a teorizzare la rottura dell'autonomia privata, nella sua configurazione antica prevista dall'articolo 1322c.c., che attribuisce alle parti il potere di determinare il contenuto contrattuale. Secondo Benedetti in questo modo si recide quel nesso fra l'art. 41 della Costituzione che nel sancire la libertà dell'iniziativa economica, si congiunge con l'art. 1322c.c. che conferisce alle parti di creare tipi contrattuali al di fuori delle fattispecie previste, purchè perseguano interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Secondo l'opinione dell'autore invece il contratto, rimane il valore primario dell'ordinamento dei privati. E' un'estrinsecazione dell'autonomia riconosciuta alla

Per l'effetto, l'impresa, che utilizza nello scambio di beni o servizi, un testo contrattuale predisposto diviene il predisponente, mentre il cliente, che aderisce al contenuto da questa stabilito, assume la veste di aderente. Tale fenomeno ha finito per dar luogo ad abusi a danno quasi sempre del compratore, che nel rapporto tra vantaggi e svantaggi si è trovato spesso in una situazione d'inferiorità. Questa situazione, è stata generata da un fattore sostanzialmente economico, in quanto l'imprenditore possiede una forza sul mercato tale che gli consente di imporre le proprie condizioni contrattuali; di converso la posizione dell'acquirente si è perciò indebolita

L'ordinamento, sia interno che comunitario, in ragione della necessità di porre un freno al conseguente squilibrio delle posizioni delle parti contraenti, è intervenuto disciplinando il contratto non negoziato.

In particolare, nel nostro regime privatistico, la norma contenuta nell'art. 1341 c.c. prevede al comma 1° che “le condizioni generali¹⁸⁰ di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza”; e al comma 2° che “in ogni caso non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto le condizioni¹⁸¹ che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla

persona nella sua identità di soggetto di diritto così come previsto dalla nostra Costituzione. Il nostro legislatore intervenendo con leggi (articoli sopra richiamati) che riequilibrano la posizione delle parti, dimostra proprio di tener fermo, sul piano positivo, quel nesso, fra libertà soggettiva e libertà contrattuale; cercando di fare in modo che la legge diventi uno strumento di garanzia e non di supremazia alla libertà pattizia.

¹⁸⁰Con il termine condizione generale di contratto l'articolo 1341c.c. non si riferisce a quelle clausole contrattuali che regolano in modo uniforme una determinata categoria di affari, tali clausole s'intendono inserite nel contratto per integrazione legale, sono valide anche se non conoscibili dall'aderente. Roppo, *Il contratto*, Milano 2000 pag. 907.

¹⁸¹L'elenco è tassativo e non ammette interpretazione analogica.

libertà contrattuale nei rapporti con i terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria¹⁸²”.

Tale disciplina esprime palesemente una logica improntata al valore primario dell'autonomia privata, non adeguata a fissare modelli di tutela che pongano l'aderente al riparo dalla forza della controparte, e quindi a garantirne quella opportuna difesa che, viceversa, è stata avvertita a livello comunitario, ove si registrano infatti interventi significativi ben più incisivi.

In particolare siffatti interventi, che verranno di seguito indicati specificamente, prendono le mosse dalla Risoluzione n. 543 del 1973 del Consiglio d'Europa che ha adottato la “ Carta europea di protezione dei consumatori”, e sono espressione dell'art 153 del preambolo del Trattato Istitutivo della Comunità Europea, che afferma come uno degli obbiettivi comuni agli Stati membri della Comunità sia il miglioramento delle condizioni di vita e di occupazione. Il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 e quello successivo di Amsterdam del 2 ottobre 1997 hanno inoltre previsto che la Comunità adotti misure per il riavvicinamento delle legislazioni nazionali al fine di assicurare “un livello di protezione adeguato” nei settori della sanità, della scurezza, dell'ambiente, e “dei consumatori”

¹⁸²Il primo comma dell'articolo in questione richiama il requisito della conoscenza o conoscibilità delle condizioni, per la loro validità. Nessun problema si pone se il contenuto è conosciuto dall'aderente, il nodo incerto è invece riferito al fatto che spesso il contraente si trova vincolato a clausole che non conosce. Il dovere di conoscenza, parametrato alla diligenza media, ha un contenuto complesso, costringendo colui che aderisce allo schema negoziale predisposto dall'altra parte, a ritenersi vincolato anche a quelle fattispecie che per essere conosciute non necessitano di un particolare sforzo diligente. Questo dovere implica che l'aderente dovrebbe apprendere che esistono le condizioni generali, sapere che si riferiscono al contratto, e acquisirne facilmente il testo e infine comprenderle. La protezione contro le clausole ritenute eccessivamente onerose è stata affidata invece ad un' adempimento formale, rappresentato dalla specifica approvazione scritta, così come enunciato al comma 2° dell'articolo di cui sopra. La necessità dell'ulteriore sottoscrizione in calce al contratto, ha la funzione di richiamare l'attenzione dell'aderente sul significato e valore della condizione, ed è un requisito per la sua vincolatività. Però anche in questo caso l'onere formale non è sufficiente, se la postilla non è redatta in modo chiaro e comprensibile. L'articolo 1342 introduce un'altra regola : le clausole aggiunte al modulo o formulario, e incompatibili con quelle in questo già esistenti, prevalgono sulle originarie anche se queste ultime non vengono cancellate. L'articolo 1370c.c definisce invece un principio interpretativo a favore del contraente debole, sancendo che nel dubbio le condizioni generali s'interpretano a favore di colui che aderisce. Roppo, op. cit., pag. 908.

A livello interno:

il d.lgs. n. 74/92¹⁸³, attuativo della Direttiva CE n.84/450, volto al controllo dell'utente in tema di pubblicità ingannevole, ha disposto che questa deve essere palese, veritiera e corretta;

il d.lg. 15 gennaio 1992 n. 50¹⁸⁴, attuativo della direttiva CE N.85/577, in tema di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, attribuisce all' acquirente il diritto ad una accurata informativa sul contenuto del contratto, nonché il diritto di recedere anche se il rapporto è stato concluso;

il decreto legislativo del 1993 n. 385¹⁸⁵ sulla trasparenza nei servizi bancari e creditizi ha introdotto criteri legali per la determinazione dei tassi d' interesse, ed ha stabilito la nullità, per difetto del dovere di trasparenza, delle clausole di rinvio agli usi e di applicazione di ogni altra condizione più sfavorevole rispetto a quelle pubblicizzate¹⁸⁶;

la legge del 6 febbraio 1996 n. 52, attuativa della Direttiva CE n. 93-13, ha introdotto nel codice civile gli articoli 1469 bis¹⁸⁷ e seguenti, nella rubrica intitolata "*Dei contratti con il consumatore.*"

Secondo tale ultima normativa, sulla quale appare opportuno soffermarsi, per quel che interessa in questa sede, e segnatamente, secondo l'articolo 1469 bis, "nel contratto concluso tra consumatore e professionista che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che,

¹⁸³ Attualmente confluito nell' art 19 Cod. consumo entrato in vigore il con d. lgs. 6- 9- 05 n. 206 che ridisciplina l'intera materia con l'introduzione di nuove norme, creando così un apposito codice del consumatore.

¹⁸⁴ Abrogato e confluito nel nuovo Codice del consumo, art 45.

¹⁸⁵ Attualmente art 43 attuale Cod. consumo.

¹⁸⁶ Interventi, che da qui a poco richiamerò.

¹⁸⁷ L'art 1469 bis oggi è stato sostituito dall'articolo 33 del Codice del consumo.

malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”¹⁸⁸.

Si “*presumono vessatorie fino a prova contraria*” (tali sono in sintesi quelle che escludono o limitano la responsabilità del professionista, ovvero le azioni a tutela del consumatore; così come l’eccezione di compensazione; impongono caparre a danno del consumatore e penali eccessivamente onerose; limitano o escludono la possibilità di eccepire l’inadempimento; conferiscono il diritto di recesso solo al professionista, anche a tempo indeterminato; prevedono a carico del consumatore decadenze eccessivamente onerose per esercitare disdette, mentre per il professionista la facoltà di modificare unilateralmente le singole clausole del contratto o le caratteristiche del prodotto, di stabilire che il prezzo del prodotto sia determinato in una fase successiva alla stipula del contratto, di variare il prezzo del bene, senza che il consumatore possa esercitare il diritto di recesso; gli riservano la possibilità di valutare la conformità del bene o del servizio, e gli attribuiscono una limitata responsabilità per le obbligazioni derivanti da contratto; concedono all’operatore di settore di sostituire altri soggetti senza il consenso del consumatore, nel rapporto contrattuale; sanciscono a carico del consumatore decadenze, limitazioni alle eccezioni, deroghe alla competenza giudiziaria, limitazioni, inversioni, o modifiche delle prove; stabiliscono il foro di competenza diversa da quello del consumatore, ed assunzione di obblighi o alienazione di diritti subordinati alle condizioni sospensive meramente potestative a vantaggio del professionista, a fronte di obblighi immediatamente efficaci del consumatore).

¹⁸⁸ Art 33 cod. consumo lascia immutata la disciplina cui all’art 1469bis.

Suddetto elenco, comunemente indicato con la suggestiva espressione “lista grigia”, attribuisce carattere ex se di vessatorietà alle clausole in esso comprese purché non siano state oggetto di trattativa individuale.

Ne deriva che il professionista che intende superare siffatta presunzione juris tantum, è onerato della prova della preventiva negoziazione.

La ratio della norma non nega l'autonomia privata, ma la corregge ed integra attraverso una disciplina che tutela effettivamente la parità fra le posizioni contrattuali, facendo in modo che il contratto funzioni sì come mezzo di scambio, ma resti comunque espressione di autonomia privata. Se così è, è vero quindi che la logica che ha ispirato la disciplina nazionale del 1942 non riceve smentita, dal momento che la nuova normativa, benchè applicativa del dettato comunitario, tende a sancire il valore primario dell'autonomia privata intervenendo però in modo più incisivo laddove le clausole, tassativamente indicate, non siano state negoziate, e si presentino perciò con carattere di abusività perché violano il principio di parità.¹⁸⁹

Tanto premesso in linea generale, occorre ora analizzare il concetto di clausola vessatoria, le sue caratteristiche e i profili generali.

¹⁸⁹ Benedetti op. cit, pag 27ss. L'autore afferma che la visione di che sostiene che l'autonomia privata non è più di questo del nostro tempo; è un espediente retorico, che è frutto di una concezione che esalta l'egemonia dell'impresa nella nascita del contratto. Ma l'articolo 1322 che permette l'ingresso delle nuovissime figure contrattuali, sembra proprio contraddire il pensiero di chi ha definito l'autonomia privata, una nostalgia dei giuristi. Per l'autore questa ha diversi ritmi in corrispondenza ai tempi economici che a sua volta genera varie figure contrattuali che talvolta richiedono interventi correttivi dell'equilibrio fra le posizioni. Così secondo l'autore i contratti con i consumatori non costituiscono una specifica categoria in relazione allo status di consumatore, ma semmai una categoria in relazione al modo in cui vengono conclusi, relativa a concetti e profili di contratto. Le direttive europee e la nostra legge mostrano sempre più di legare il concetto di contratto, come strumento della concorrenza della libertà dei soggetti. Difatti l'art. 1469ter stabilendo che l'accertamento della vessatorietà deve tenere conto delle condizioni esistenti al momento della conclusione del contratto e del complesso dell'operazione considerata, non esaurendosi in un giudizio sulla determinazione dell'oggetto del negozio, né sull'adeguatezza del corrispettivo di beni o servizi; fa in modo che di valutare il negozio non atomisticamente, ma nella totalità della sua interezza. Il collegamento, di cui parla la legge, è proprio la dimostrazione della priorità del contratto come strumento dell'autonomia privata; nell'unità dell'affare designato dalle parti.

Le clausole vessatorie

Il nostro legislatore, aderendo al disposto della direttiva comunitaria che all'art. 3 contiene elenco "indicativo e esauriente delle clausole che possono essere indicate abusive", ha non solo indicato in linea generale i criteri che consentono d'individuare l'abusività della clausola, sui quali ci siamo soffermati nel precedente paragrafo, ma ha fornito altresì un elenco analitico di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria, individuandole nell'art. 1469 bis comma 3 ai n.n. da 1 a 20.

Sebbene non sia questa la sede opportuna per esaminarle specificamente, data peraltro la loro estrema varietà, appare comunque accennare alla funzione ed agli effetti giuridici di detta elencazione.

Questa disciplina è ora trasfusa¹⁹⁰ nel Titolo I, Parte III del Codice del Consumo(d.lgs.n.206/2005) e sostituita, ex art 142 di detto codice, da un articolo-art. 1469 bis- che prevede che "le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal Codice del Consumo o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore". In combinato, l'art. 38 del medesimo codice stabilisce che "per quanto non previsto dal Codice del Consumo, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile".

L'art. 33 del Codice del Consumo rappresenta trasposizione dell'art. 1469 bis c.c., salvo che nella terminologia usata a proposito delle clausole in questione che vengono denominate vessatorie, e non abusive come qualificate invece nella

¹⁹⁰ Il Consiglio di Stato, Sez. Cons., 20 dicembre 2004 n. 11602, è stato del parere che non vi era motivo per mantenere nel codice civile, una disciplina strettamente correlata con i consumatori che,quindi, più correttamente doveva trovare il posto nel nuovo contesto disciplinare.

direttiva, sicché la problematica sviluppatasi intorno alla modifica contenuta negli art. 1469 bis e ss. resta tuttora di indubbia attualità.

Tanto premesso, ricordiamo che tale ultima norma, introdotta dall'art. 25 della legge n. 52 del 9 febbraio 1996 recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee- legge comunitaria 1994", che, in esecuzione della Direttiva del Consiglio CE n. 93/13 concernente le clausole abusive nei contratti con i consumatori ha innovato mediante lo strumento della novellazione¹⁹¹ il codice civile, introducendo dopo il capo XIV del titolo II del libro quarto il capo XIV bis "Dei contratti del consumatore" composto di cinque articoli, definisce "vessatorie"¹⁹² le clausole che <malgrado buona fede>, determinano nei contratti fra consumatori e professionista un significativo squilibrio di diritti e di obblighi¹⁹³.

¹⁹¹ La tecnica adoperata della novellazione, scelta rispetto a quella della legge speciale, è stata criticata in dottrina. Per tutti, Vassalli Palbolongo, Mercato, *disciplina dei contratti e riforme legislative, Appunti di diritto privato dell'autonomia*, Padova, 1996, pag. 82, Tullio, *Il contratto per adesione tra il diritto comune dei contratti e la novella nei contratti dei consumatori*, Milano, 1997, pag. 3.

¹⁹² Il nostro legislatore ha adoperato tale termine anziché l'aggettivo "abusive" cui fa riferimento il testo comunitario, per poi confondere le due nozioni negli articoli successivi, ove la diversa terminologia è usata in senso equipollente.

Si è detto in proposito che trattasi di scelta consapevole e non di sciattezza al fine di non evocare in campo privatistico la categoria giuridica dell'abuso di diritto che di regola opera in sede penale. Minervini, in *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, pag. 11 cita: Alpa, *Per il recepimento della Direttiva Comunitaria nei contratti dei consumatori*, in *Giust.civ.*, 1994, pag. 113.

¹⁹³ L'ambito di applicazione è differente rispetto all'articolo 1341 c.c. Difatti mentre la vecchia disposizione si riferisce a qualsiasi contratto fra predisponente e aderente; il secondo riguarda solo i contratti fra consumatori e professionisti.

Per consumatore s'intende la persona fisica che acquista beni o servizi per uso proprio e per non farne commercio, colui che agisce per scopi non professionali, al di fuori dell'attività imprenditoriale eventualmente svolta. Ai sensi dell'art. 3 del cod. consumo la definizione non cambia. Il professionista è definito invece la persona giuridica o privata che nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale utilizza il contratto di cui al primo comma; rispetto alla vecchia disciplina non vi sono distinzioni, se non per l'aggiunta del termine persona giuridica, assente nell'art. 1469 bis, presente invece nella disciplina della pubblicità ingannevole ex art. 18 c. consumo.

La Corte di Giustizia 22 novembre 2001 C-541/99 e C-542/99 in *Foro it.* 2001, IV, p. 501, ha assunto una posizione intransigente limitando la nozione alle sole persone fisiche.

La Corte Costituzionale con ordinanza 30 giugno 1999 n. 282, in *Foro it.* 1999, I, 321 con nota di Palmieri, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari talora pretermessi degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, e con la sentenza n. 469 del 22 novembre 2002, in *Danno e resp.* 2003, 701, con nota di Perfumi, ha escluso dalla nozione taluni soggetti, benché persone fisiche, quali

La nozione di consumatore, come definita dall'art. 2 lett. b della Direttiva del Consiglio 5 aprile 1993 n. 93/13 Ce, è ormai accreditata secondo la decisione della Corte di giustizia del 22 novembre 2001 nelle cause riunite n. C-541/99 e n. C-542/99, nel senso che si riferisce solo alla persona fisica e non alla persona giuridica, che nei contratti oggetto della direttiva agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale¹⁹⁴.

All'interno del nostro ordinamento, la Corte Costituzionale, esattamente un anno dopo, con la pronuncia n. 469 del 22 novembre 2002, rigettando la questione di costituzionalità dell'art. 1469 bis c.c., ha ribadito detta definizione, ritenendola compatibile con gli enunciati del nostro corpus fondamentale richiamati dal giudice remittente- artt. 3, 25 e 41 della Costituzione-, in ragione dell'esigenza di protezione dei soggetti che, di regola, sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare, e quindi sono deboli, tra i quali non potrebbero pertanto essere comprese categorie quali quelle degli artigiani, degli imprenditori e dei professionisti, abitualmente dotati di cognizioni idonee a garantire loro parità di condizioni.¹⁹⁵

L'Obiettivo, dichiarato nel considerando, 1, 2, 6 e 7 della direttiva n. 93/13 è quello della regolazione del mercato.

artigiani, professionisti e piccoli imprenditori, abitualmente forniti di cognizioni per negoziare su piano di parità.

In dottrina v. Gatt, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina, Commentario al capo XIV bis del Codice Civile- contratti del consumatore*, Padova, 1999; V. Roppo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprenditori e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 281. nella giurisprudenza della Cassazione v. n. 4843 del 14.4.2000, in *Foro it.*, I, 3196, con nota di Granieri, n. 10127 del 25.7.2001 in *Giur. It.* 2002, 543, con nota di Florio,

¹⁹⁴ La portata limitata di tale interpretazione suscita dubbi in Adorati in *Dir. Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Fasc. 1/2002, 63-66. Tuttavia l'attuale Cod. consumo all'art.20 comma 2 estende le norme sulla pubblicità ingannevole anche a tutela delle persone giuridiche, ampliando così la nozione di consumatore anche alle persone giuridiche quando agiscono per scopi estranei all'attività eventualmente svolta.

¹⁹⁵ per un'ampia disamina del profilo costituzionale v. Azzaro, *Tutela del consumatore e regolazione di mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, II; 237.

La presunzione di vessatorietà funge quindi da sistema di controllo del potere di predisposizione, al fine di evitare la vincolatività di un contratto, di regola standard, che il soggetto aderente, ritenuto debole, date le dinamiche che governa tale forma contrattuale, non ha potuto effettivamente negoziare. Ciò avviene però a condizione che il contratto, avente ad oggetto beni di consumo di massa, miri a soddisfare un bisogno di consumo estraneo all'attività imprenditoriale o professionale del consumatore.¹⁹⁶

Il sistema così delineato regola la vicenda contrattuale nell'interesse sia dei consumatori all'equità del rapporto, che degli imprenditori concorrenti all'efficienza del modello contrattuale utilizzato.¹⁹⁷

Venendo al dato testuale, l'inciso "malgrado buona fede", riferito al professionista, che di certo non trova la sua ratio ispiratrice nel modello contrattuale tratteggiato nel nostro ordinamento interno¹⁹⁸, e comunemente è attribuito ad un errore nella traduzione del testo comunitario¹⁹⁹ dato che sia nella altre lingue che nel testo originale della direttiva era "a dispetto della buona fede", in sede dottrina è stato per lo più riferito al concetto di buona fede intesa senso

¹⁹⁶ in tal senso la dottrina prevalente sulla base della nozione di consumatore nei paesi di *common law*. Per tutti G. Alpa *Consumatore e protezione nel diritto civile*, in *D. disc. Priv., sez. civ. XV*, Torino, 1997, 541

¹⁹⁷ Busnelli, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie, (Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore)* pag. 774

¹⁹⁸ Si è detto infatti che esso è improntato a modello franco-tedesco al quale il nostro legislatore ha finito per adattarsi accettandolo tout court, al punto che da taluno si è parlato di "colonizzazione del nostro ordinamento", Minervini, in *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, pag. 11, con ampia nota di commento, Cautadella, *Note a margine della Direttiva comunitaria sulle clausole abusive*, *Riv. Giur. Energia elettrica*, 1994, pag. 570, Carbone, *la tutela del consumatore: le clausole abusive*, *Corriere giur.*, 1996, pag. 251.

¹⁹⁹ Minervini op. cit. pag. 11 cita, De Nova, *La tutela del consumatore nei confronti delle clausole abusive*, in *Contratti*, 1993, pag. 336, E. Cesaro, *Clausole vessatorie e direttiva comunitaria*, *Giur. Comm.* 1994, pag. 222, Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, *Foro It.*, 1996, V, 159, Gorgoni, *Il traguardo della protezione del consumatore: spunti di riflessione sulla Direttiva CE 93/13 del Consiglio concernente le clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, pag. 510

oggettivo²⁰⁰, che rappresenta principio operante nel nostro sistema privatistico, in quanto espressione <di giustizia superiore, e cioè di solidarietà contrattuale che trascende il regolamento negoziale imponendo a ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra a prescindere da determinati obblighi contrattuali o extracontrattuali", vigente per tutta la durata del rapporto obbligatorio, sia perciò nella fase delle trattative – art. 1337 c.c.- in pendenza della condizione – art- 1358 c.c- nell'interpretazione- art. 1386 c.c.- ed infine nell'esecuzione del contratto- art. 1375 c.c.-, regola di condotta di qualsiasi rapporto obbligatorio- art-. 1175 c.c.-, ispirata ad esigenza di ordine pubblico, e perciò fonte primaria d'integrazione del contratto, e dunque, in questo senso, avente carattere oggettivo e contenuto precettivo, sebbene non prestabilito ma subordinato alle concrete circostanze del rapporto.

E del resto il principio di correttezza e buona fede, che richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore, nel nostro ordinamento deve essere inteso in senso oggettivo, ed in questa chiave opera come criterio di solidarietà, lo stesso enunciato nell'art. 2 della Costituzione, che esplica rilevanza a prescindere dal fatto che esso sia stato espressamente consacrato in concreto in specifici obblighi contrattuali, ovvero sia richiamato dalle norme di legge che governano il singolo rapporto.

Trattasi infatti di un dovere giuridico autonomo, regola di comportamento fondamentale nella disciplina legale delle obbligazioni, dalla cui violazione, tenendo conto delle circostanze concrete, può discendere ex se, se provato, un danno risarcibile.

²⁰⁰ Difatti una visione soggettiva della buona fede sarebbe in contrasto con il ruolo che questa dovrebbe svolgere quale strumento di controllo delle clausole vessatorie.

In questa luce si spiega la ragione per la quale nel testo definitivo dell'articolo in esame è stato eliminato il riferimento alla buona fede del predisponente, presente invece nell'originario disegno di legge Berlusconi-Comino all'art. 2062 comma 1 c.c.. che rinviava quindi ad una nozione soggettiva del requisito, assente invece anche nella direttiva cui s'intendeva dare esecuzione. Ciò vuol dire che il consumatore trova tutela anche se il predisponente è in buona fede, e che il ruolo che tale requisito esplica oggettivamente viene rispettato. .

Il dibattito dottrinario sul tema registra molte opinioni contrastanti e tocca anzitutto il collegamento fra buona e fese e squilibrio contrattuale, vale a dire la questione se l'abusività discenda dalla necessaria coesistenza di ambedue le condizioni, ovvero se ciascuna di esse sia autonoma e sufficiente di per sé a connotare la clausola.

Limitandoci ad una panoramica necessariamente sintetica delle opinioni espresse dagli studiosi, si registra un primo orientamento²⁰¹ secondo cui, dal momento che il primo dei termini esprime un criterio di ponderazione di contrapposti interessi, la presenza di uno squilibrio è sempre manifestazione della violazione del dovere di buona fede, perché tale ultimo requisito mira in sostanza proprio a garantire l'equilibrio contrattuale. Si è così asserito sia che l'assenza della buona fede determina automaticamente vessatorietà, o abusività per usare il termine adoperato nella legislazione sovranazionale, della clausola²⁰², sia che la presenza dello squilibrio denota ex se assenza di buona fede²⁰³.

²⁰¹Minervini "la tutela del consumatore e le clausole contrattuali" Napoli 1999 pag .104 ,con ampi riferimenti dottrinari,a Bigliuzzi Geri,*Condizioni generali di contratto e buona fede* in Cesaro, *Clausole abusive e direttive comunitarie, Atti del convegno su tema delle condizioni generali di contratto e direttiva Ce 93/13* del 15-4-1993, Padova, 1994, pag. 31, Rizzo, *Condizioni generali di contratto e vessatorietà*,in. Cesaro, op.cit. pag. 58

²⁰² Rizzo, op. cit. 58.

²⁰³ De Nova, op. cit., 303.

Secondo altri autori invece tale requisito non discende solo dalla violazione del principio di buona fede, siccome occorre altresì che tale condotta abbia determinato effettivamente uno squilibrio fra le posizioni dei contraenti ²⁰⁴.

La tesi ha suscitato l'obiezione di chi ha rilevato che in questo modo si sacrificerebbe eccessivamente il consumatore ove clausole notevolmente onerose non siano predisposte in condizioni tali da essere contrarie a buona fede.

In una posizione intermedia si pone infine chi sostiene che è la contrarietà alla buona fede a determinare il significativo squilibrio ²⁰⁵, ovvero chi ritiene ²⁰⁶ che la clausola, se contraria a buona fede, è abusiva, se invece è conforme a tale canone, è vessatoria, ma solo se genera una rilevante sproporzione.

In conclusione la confusione ingenerata dalla previsione normativa ha finito per determinare, nello scenario dottrinario, una dialettica non solo ampia, ma anche quanto mai dubbia e problematica. Si auspica perciò un tempestivo e chiaro intervento anche della giurisprudenza, che dia un necessario contributo interpretativo.

Ma torniamo all'inciso "malgrado buona fede".

Abbiamo detto che esso è frutto di un errata traduzione dei testi comunitari ²⁰⁷, tradotti in francese con l'espressione "malgrado l'esigenza", ed in inglese con quella di contrarietà al requisito della buona fede, che entrambe appaiono oggettivizzanti del concetto che manca nel testo italiano, facendo propendere per un'idea soggettiva del principio.

²⁰⁴ Minervini op. cit. pag. 104, cita Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit. pag. 303.

²⁰⁵ Minervini pag. 106, cita Orestano, *I contratti con i consumatori e le clausole vessatorie: in Riv. Critica di diritto privato*, 1992, 484.

²⁰⁶ Alpa, op. cit., pag. 642.

²⁰⁷ Difatti una visione soggettiva della buona fede, sarebbe in contrasto con il ruolo che questa dovrebbe svolgere quale strumento di controllo delle clausole vessatorie.

Nonostante il termine “requisito” non sia stato escluso nella legge di attuazione della direttiva, tuttavia il suo utilizzo si è radicato nella nozione intrinseca di buona fede, esprimendo un elemento ontologico e non deontologico del concetto, che ne esclude una concezione soggettiva che però, come si è già rilevato, non è aderente al disposto normativo in cui il termine <significativo squilibrio> non è altro che la manifestazione del principio di onestà e correttezza, che sottende una visione necessariamente oggettiva di buona fede.

Ed allora si deve concludere che la clausola è abusiva o vessatoria se è contraria a buona fede, dato che tale connotazione è a sua volta indice di valutazione del significativo squilibrio.

Ma che cosa s’intende per “significativo squilibrio”?

L’enunciato espresso nella previsione dell’articolo 1469 bis, che fa riferimento allo squilibrio fra diritti ed obblighi, deve necessariamente essere letto congiuntamente al testo del successivo articolo 1469 ter, e specificamente ai commi 1 e 2 che prevedono rispettivamente che “la vessatorietà della clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed altre collegate al contratto medesimo o di un altro collegato da cui dipende” e che la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell’oggetto del contratto né all’adeguatezza del corrispettivo del bene o dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

Appare palese dunque che la nozione normativa di squilibrio, decisiva ai fini del giudizio di vessatorietà, propende per una concezione di tipo normativo, o meglio giuridico, sulla quale non esercita influenza alcuna valutazione di tipo economico

che investirebbe un profilo del tutto trascurabile, quale la congruità del prezzo dello scambio, e la convenienza dell'affare²⁰⁸, sebbene sia innegabile che essi possano operare in via esegetica in via sussidiaria e complementare, offrendo opportuni spunti di apprezzamento. E del resto la stessa novella ne prevede la rilevanza laddove, nell'art. 1469 bis comma 3, prevede la vessatorietà per risarcimenti o clausole penali o altro titolo equivalente manifestamente eccessivo, ovvero al comma 13 fa riferimento al prezzo finale eccessivamente elevato rispetto a quello convenuto.

È testuale comunque che lo squilibrio economico non viene in rilievo se gli elementi del contratto indicati al comma 2 dell'art. 1469 ter siano individuati <in modo chiaro e comprensibile>, e tanto in ragione della necessità di coniugare la nozione di abusività col principio della trasparenza, sicché, argomentando a contrario, in difetto esso assume rilevanza pregnante e decisiva.

E dunque, di certo, non è utile compiere una stima incentrata sulla proporzionalità economica dei rispettivi vantaggi e svantaggi dei contraenti, che, in un economia di mercato del libero scambio, è lasciata all'autonomia della parti, essendo piuttosto necessario che la verifica venga condotta sul bilanciamento delle reciproche posizioni giuridiche dei contraenti²⁰⁹.

L'evidente genericità della formulazione normativa, dettata con evidente riferimento ai contratti sinallagmatici, e l'assenza di una nozione codificata o quanto meno già predeterminata di "equilibrio", rendono estremamente difficile

²⁰⁸ Tale nozione è pacifica, v. Trib. Roma 17 giugno 1998, *Corr. Giur.*, 1998, 1098, e in dottrina Roppo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra professionisti e consumatori*, in *Europa e diritto privato*, 1998 pag. 92, Cesaro, op. cit. 22, Orestano, op. cit pag 489, Carbone , op. cit., 256.

²⁰⁹ La dizione usata nella Direttiva comunitaria all'art. 4 par. 2, chiara laddove esclude che la valutazione debba riguardare la perequazione fra prezzo e remunerazione da un lato e servizi dall'altro, è stata interpretata per lo più nel senso di stretta equivalenza.. Dolmetta, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizio alla normativa sulle clausole abusive(Direttiva Cee n.93/13)*, in *Dir .banc.*,1994 pag. 459 .

individuare un criterio univoco e certo di giudizio che possa escludere valutazioni elastiche e flessibili, anche perché la norma non sempre si applica a contratti nel cui modello, normativamente predisposto, siano stati già individuati reciproci diritti ed obblighi delle parti.

Se, come si è rilevato, esiste un preciso nesso, posto dal legislatore nazionale, fra le due norme citate che ne rende coerente e coordinato il significato precettivo, la verifica circa lo squilibrio impone di procedere ad un giudizio globale delle posizioni giuridiche sottese all'operazione nel suo complesso, prendendo come riferimento anche la disciplina legale prevista per quel determinato rapporto, che viene in questione come criterio di comparazione²¹⁰, e tenendo conto non di parametri astratti, che posso risentire di valutazioni di principio circa lo spessore e la forza contrattuale delle parti, ma delle specifiche condizioni indicate, che devono essere prese in considerazione non come criteri meramente indicativi o integrativi, ma nella loro previsione concreta, con riferimento al momento della conclusione dell'accordo, e con riguardo, ove esistano, anche a contratti collegati. La conclusione, non semplice né scontata, di tali premesse, può sintetizzarsi nell'attribuzione del carattere vessatorio alla clausola del contratto col consumatore che crea una modifica delle reciproche posizioni delle parti come definite dal diritto positivo²¹¹.

È necessario a questo punto, però, considerare la terminologia “diritto nascente dal contratto” in senso ampio, considerando il suo significato nei possibili contesti che essa comprende, cosicché, pur dovendo riferirsi all'ambito normativo, non

²¹⁰Troiano, *Significativo squilibrio dei diritti e obblighi dal contratto le clausole vessatorie nei contratti con il consumatore, Art.1469bis, il Codice civile commentario* a cura di Pietro Schlesinger Milano 2003, pag. 91
²¹¹Roppo op. cit. ,pag. 913.

tralasci, laddove sia consentita espressamente, ovvero sia opportuno, l'importanza di un giudizio che verta su un fondamento economico.

Il requisito della buona fede, in diretta conseguenza con la sostanziale sproporzione, consentirà di superare una visione strettamente esteriore del piano giuridico, per riannodare le reciproche posizioni in una proiezione più generale che tenga conto del contenuto normativo nella sua diretta incidenza sul profilo economico, valutando in quale misura lo squilibrio dei diritti pregiudichi il consumatore nella complessiva economia dell'affare.

Il superamento di una logica strettamente formale permette così di considerare vessatorie o abusive quelle clausole che conferiscono uguali diritti o doveri ad entrambe le parti ma che, nel complesso, attraverso lo schema concretamente attuato falsano l'equilibrio contrattuale determinando un effettivo svantaggio a danno del consumatore²¹².

I criteri legali indicati nella novella al codice civile consentono dunque di valutare in positivo la vessatorietà mediante un'analisi finale del bilanciamento degli equilibri esistenti nel rapporto fra le parti, e sancendo in negativo la non vessatorietà laddove le clausole riproducano singole disposizioni di leggi o convenzioni internazionali, ovvero siano state oggetto di trattativa individuale.

²¹² Troiano op. cit., pag 83

Le clausole che si presumono vessatorie

Appare chiaro ed indiscusso che l'elencazione delle clausole che si presumono vessatorie, ora trasfusa nell'33 del Codice del Consumo, sebbene segnata con lettere alfabetiche anziché con la numerazione araba, gioca un ruolo decisivo in ambito processuale, e segnatamente sul piano probatorio, per effetto della presunzione di vessatorietà, ovviamente relativa e non assoluta, che ammette quindi la prova contraria da parte del professionista predisponente, il quale dovrà dunque dimostrare²¹³ che la clausola, benché rientrante in astratto in elenco, avuto riguardo al momento della conclusione del contratto, non determina in concreto squilibrio tra le posizioni contrattuali, nè contrasta con il dovere di buona fede, e quindi, e in tale ottica la prova appare quasi diabolica, che la clausola non costituisce abuso del suo diritto, ovvero che sia stata oggetto di effettiva trattativa²¹⁴.

E ciò anche in presenza della doppia sottoscrizione prevista dall'art 1342 comma 2 c.c.

In senso speculare, secondo la regola posta dall'articolo 2697 c.c., il consumatore che invochi in giudizio la vessatorietà della clausola, essendo tenuto a provare i fatti costitutivi della sua domanda, può limitarsi a dedurre l'inclusione nell'elenco, ovvero, dal momento che questo è solo indicativo, non esaustivo né tassativo, la corrispondenza del suo contenuto concreto alla singola previsione

²¹³ Orestano, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria*; in *Riv. Critica di diritto privato*, 1992 pag. 480 afferma che l'onere della prova è a carico del consumatore che dovrebbe dimostrare anche l'elemento negativo della mancata trattativa individuale, laddove il contratto sia stato stipulato mediante modulistica.

²¹⁴ Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Foro It.*, pag.155.

normativa, dal momento che l'eterogeneità delle singole clausole ne preclude la riconducibilità ad una categoria ontologica comune²¹⁵.

L'elenco di cui ci occupiamo, comunemente denominato <lista grigia>, riproduce quasi pedissequamente, con la medesima tecnica della ricezione automatica e priva di adeguamenti che ne rendano il testo coerente col nostro sistema privatistico, il catalogo indicato nella Direttiva comunitaria.

Ne è indice esemplificativo la previsione della c.d. <lista nera>, che ricomprende le tre clausole indicate nell'articolo 1469 quinquies²¹⁶ comma 2, che rappresentano *numerus clausus* e tassativo, per le quali non è ammessa prova contraria, e sono pertanto sono vessatorie *tout court*, e quindi inefficaci benché siano state oggetto di trattativa individuale.

In effetti, a ben vedere, esse riproducono le clausole di cui ai nn. 1, 2 e 10 della lista indicata nell'art 1469 bis, sebbene le ultime due con qualche lieve differenza, denotando assenza di coerenza sistematica, questa volta nell'ambito più ristretto e limitato del medesimo aspetto dell'istituto considerato²¹⁷.

Prima ancora di esaminare in dettaglio la problematica connessa sulla figura di <nullità di protezione>, che sarà oggetto del paragrafo seguente, ovvie esigenze di completezza impongono di esaminare se, ed in caso affermativo, in qual misura la previsione in esame si armonizzi col disposto degli artt. 1341 e 1342 c.c., data l'assenza nella nuova normativa di uno specifico coordinamento tra le disposizioni considerate.

²¹⁵ Minervini, op. cit. pag.185 cita Astone, art.1469 quinquies c.c, pag.201.

²¹⁶ Art 36 cod. consumo lascia inalterata la vecchia disciplina (1469 quinquies) se non per la sostituzione del termine inefficacia a quello di nullità. Sono queste le clausole che limitano o escludono la responsabilità del professionista in caso di danno o morte, limitano o escludono l'azione di adempimento del consumatore in caso di un inadempimento totale o parziale del professionista, prevedono l'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto modo di conoscere al momento della conclusione del contratto.

²¹⁷ Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, *Foro it.*, 1996 pag.155.

Il dibattito si è aperto in sede dottrina siccome alimentato anzitutto dalla diversa connotazione della tutela apprestata nei due casi, dal momento che mentre gli articoli da ultimo citati offrono al contraente debole un presidio di natura essenzialmente formale, la norma applicativa del precetto comunitario opera in chiave sostanziale e contenutistica²¹⁸.

Pacifico che le due disposizioni debbano trovare comunque applicazione, come rileva acuta dottrina,²¹⁹ si tratta di verificare se essa operi congiuntamente ovvero in alternativa.

Folta è la schiera dei fautori dell'abrogazione tacita della normativa generale contenuta negli articoli. 1341 e 1342 c.c. per effetto dell'entrata in vigore delle norme successive, ex art 15 delle preleggi, data l'effettiva coincidenza del loro contenuto, ovvero in ragione della specialità in chiave soggettiva della normativa ultima²²⁰; il che renderebbe inutile la doppia sottoscrizione.

Ma, a parte i dubbi circa la perfetta coincidenza fra le norme considerate, appare preferibile seguire l'orientamento di chi prospetta invece una soluzione armonica che concili le diverse, ma non divergenti, discipline, considerando che la loro rispettiva sfera di operatività non necessariamente collima, e che il controllo che rispettivamente impongono ben può coesistere in una <logica non sostitutiva ma integrativa>²²¹.

Resta chiaro che, predeterminati ex lege gli elementi sulla base dei quali il giudice è chiamato ad accertare lo squilibrio, l'indagine deve essere rapportata ex post al

²¹⁸ Pardolesi, *Clausole abusive, vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in, *Riv. dir. priv.*, 1995 pag.542, De Nova, *Considerazioni conclusive* Pag. 310, citato da Minervini, op. cit. pag.183.

²¹⁹ l'argomento è trattato con dovizia di considerazioni da E. Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., pag. 185.

²²⁰ Romagnoli, *Clausole vessatorie nei contratti d'impresa*, Padova 1997 pag. 55, Tullio, *Condizioni generali di contratto e le clausole vessatorie nella contrattualistica dei trasporti*, Milano 1996, pag. 196.

²²¹ Minervini, pag.187 cita Alpa, *Sul contenuto del contratto*, pag. 596.

momento della conclusione del contratto o di altro collegato, e dunque in un'ottica che comprenda la visuale completa della vicenda negoziale, nel rispetto dell'assetto economico voluto. Di qui, a parere di taluno, l'applicabilità anche della disciplina generale della rescissione- art 1447 c.c.-, allorché, a causa di vizio genetico, la corrispettività delle prestazioni sia alterata in maniera inaccettabile²²².

Il nuovo codice del consumo- artt. 33 e 34- ha riscritto il testo delle norme codicistiche sinora esaminate, senza neppure correggere l'errore relativo all'inciso "malgrado buona fede", ed attribuisce testualmente allo squilibrio e non anche all'assenza di negoziazione, la cui prova non esclude la vessatorietà- art. 33 comma 2-, valore caratterizzante la clausola che resta perciò vessatoria allorché, nonostante sia stata negoziata, determini, a dispetto della buona fede del professionista, sia esso fornitore o produttore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Restano dunque irrisolti i nodi che la formulazione del precedente testo normativo aveva determinato, specie in ordine alla caratterizzazione della buona fede.

²²² Tripodi e Battelli, *"Codice del consumatore". Guida pratica alla nuova normativa*, Milano, 2006, pag. 117.

Le nullità di protezione

L'articolo 1469 quiquies c.c. comma 1 prevede che “le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 1469 bis e 1469 ter sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto”; al comma 3 prevede inoltre che “inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”.²²³ La previsione è stata recepita nell'art. 36 del Codice del Consumo che ne ha corretto il testo rubricando la norma col termine “nullità di protezione”, in luogo della precedente dizione usata che faceva riferimento invece all'inefficacia. L'originario progetto di recepimento²²⁴ prevedeva l'introduzione dell'art. 1469 sexies secondo cui “le clausole vessatorie sono nulle. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore contraente e non comporta la nullità dell'intero contratto”.

La sanzione, così congegnata nel rispetto della regola della conservazione del contratto, si prestava a dubbi interpretativi, sicché si preferì intervenire sul testo dell'art. 1469, ribadendo in sostanza, essenzialmente sul modello francese, detta forma di nullità <relativa>, senza però enunciarla con espressa definizione, e ciò benché, in verità, essa operasse già all'interno del nostro sistema privatistico, essendo già prevista dagli artt. 117 e 127 del T.U. bancario in tema di inosservanza dell'obbligo della forma scritta²²⁵.

Uno degli aspetti salienti di tale forma d'invalidità, è certo infatti che ci muoviamo nell'alveo di tale istituto, è rappresentato dalla non propagazione della

²²³ v. atti del Seminario di studi su “ i contratti dei consumatori e l'attuazione delle Direttiva comunitaria, svoltosi in Roma il 10 giugno 1994 a cura della facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza.

²²⁴ Pubblicato in “*I contratti*“, 1994, pag. 113, con presentazione di G.Alpa, *Per il recepimento delle direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*.

²²⁵ Mazzamuto, *Il problema della forma nei contratti d'intermediazione bancaria*, in , *Contratto e Impresa*, 1994, pag. 37.

clausola abusiva, che trova la sua *ratio* evidentemente nell'esigenza di tutelare l'interesse dello stesso consumatore a conservare in vita il contratto, evitandogli la scelta fra contratto con detta clausola e nessun contratto, sempre che essa non abbia giocato nell'economia del rapporto un ruolo decisivo, nel senso che altrimenti l'accordo non sarebbe stato concluso. In questa evenienza, infatti, l'inefficacia della clausola si trasmette necessariamente al contratto nel suo complesso, travolgendolo.

In questa prospettiva la norma citata, solo all'apparenza, si concilia con l'istituto della nullità parziale, regolato dall'art. 1419 c.c., ma in realtà se ne discosta proprio sul piano ontologico, dal momento che l'ipotesi ordinaria presuppone necessariamente la parità fra le posizioni dei contraenti, che per definizione è estranea al metodo della contrattazione uniforme, e comporta inoltre la sostituzione di diritto delle clausole nulle con la previsione di norme imperative, anch'essa non ipotizzabile nel caso di specie ²²⁶.

Piuttosto va detto che, con la sua proprietà particolare, la non propagazione fornisce l'indicazione per un rinnovato concetto della fattispecie volto alla tutela solo d'interessi settoriali di una ristretta cerchia di contraenti in considerazione del loro status, la valutazione della cui posizione nell'equilibrio contrattuale non viene demandata all'apprezzamento del giudice nel singolo caso concreto, ma è legalmente predeterminata, e in astratto, nel segno di un debolezza assistita da una presunzione che non ammette prova contraria, a presidio specifico della giustizia degli scambi e dell'equità contrattuale, la cui salvaguardia non può però non

²²⁶La nullità parziale, è la nullità che colpisce, una parte del contratto. Può essere soggettiva o oggettiva. Il primo caso, si verifica nei contratti plurilaterali, ed investe una parte del rapporto. Il secondo caso, il nostro per l'appunto, riguarda le singole clausole inserite nel negozio, la cui nullità non inficia l'intero contratto, ammenochè le parti non lo avrebbero concluso, senza quella parte che è colpita da nullità. Opera in entrambe le ipotesi opera, il principio di conservazione del contratto, per cui "utile per inutile non vitiatur".

coniugarsi con l'esigenza di preservare l'autonomia contrattuale di un mercato improntato alla libera trattazione.

La terminologia usata, espressione di una normativa²²⁷ che negli ultimi anni ha determinato mutamenti profondi nella struttura di istituti per così dire classici²²⁸, è frutto dell'evidente difficoltà del nostro legislatore²²⁹ di adattare la figura descritta nella Direttiva comunitaria al nostro sistema, in cui sono ben distinte la categoria dell'inefficacia e dell'invalidità, la quale ultima soltanto attiene che *stricto jure* alla patologia del negozio giuridico, e non depone di certo univocamente per l'applicazione in materia del primo istituto, benché esso sia meno rigido dell'altro, e dunque maggiormente adatto a garantire la finalità di protezione che ne rappresenta lo spirito informatore.

Trattasi, comunque, al di là del *nomen juris* usato, di nullità, genetica²³⁰, atteggiata in senso peculiare perché a legittimazione unilaterale²³¹, ma nel contempo rilevabile d'ufficio, così congegnata in ragione dell'attribuzione, in aderenza allo spirito della Direttiva, alla tutela del consumatore del valore di norma di ordine pubblico, applicabile in ogni tipo di contratto che costituisce esplicazione di condotta in cui viene rilievo lo status di consumatore ed una differenza di potere contrattuale, canone di protezione di valore primario alla quale il contratto deve necessariamente aderire.

²²⁷ Ci riferiamo agli esempi più emblematici del neoformalismo con funzione protettiva nel caso dei contratti bancari sopra indicato, alla buona fede arricchita dalle figure della trasparenza e pubblicità quel metro di equità dell'equilibrio contrattuale.

²²⁸ Importante fare una differenza fra invalidità ed inefficacia. La prima ipotesi ricorre, quando vi è un'irregolarità del contratto che comporta la sanzione dell'inefficacia definitiva. Ipotesi d'invalidità, sono la nullità, l'annullabilità e la rescindibilità del contratto. L'invalidità deve essere distinta rispetto all'inefficacia, difatti mentre questa prima fattispecie ricorre quando, vi è un vizio strutturale del negozio, l'inefficacia riguarda il momento effettuale, indicando in generale la non produttività degli effetti giuridici.

²²⁹ nei lavori preparatori originariamente si usava infatti il termine "nullità".

²³⁰ **Sulla divaricazione fra nullità genetica e la categoria controversa della nullità sopravvenuta Riccio, ocn ampi riferimento dottrinari e giurisprudenziali, in**

²³¹ part. 1418 del resto non stabilisce affatto che la nullità debba essere necessariamente assoluta, cioè rilevabile da chiunque; occorre piuttosto por mente all'art. 1421 che legittima all'azione chiunque salvo, però, <diversa disposizioni di leggea .

In questa prospettiva la figura, in effetti, non mira tanto a lasciare l'iniziativa ad una sola delle parti, ma piuttosto ad "operare sul contratto in modo selettivo con esclusivi effetti vantaggiosi"²³², senza svolgere un ruolo di solo limite all'autonomia negoziale privata, ma dirigendo la contrattazione privata fra i soggetti considerati".

È chiaro che il legislatore nazionale, dietro impulso della Direttiva, ha dovuto abbandonare il rigido binomio- nullità assoluta (che può essere azionata da qualsiasi interessato)- nullità relativa (azionabile solo da specifici legittimati), per delineare una categoria atipica, contraria al canone dell'assolutezza che governa la nullità, ma nel contempo sicuramente non identificabile con l'annullabilità, da cui mutua la sola limitazione della legittimazione attiva, differenziandosene però siccome, come si è detto, non mira alla tutela di interessi solo individuali²³³.

Ne è scaturito solo in apparenza un ibrido, la cui definizione è definitivamente consacrata nell'art. 36 del nuovo Codice del Consumo, ormai habitat definitivo della disciplina consumeristica, con l'espressione <nullità di protezione >, perché in realtà la figura si atteggia in senso tutto proprio come strumento, contemporaneo più che nuovo, idoneo ad assicurare nei contratti il valore dell'equità, scongiurare abusi, tutelare interessi di categorie estese, proteggere nuovi diritti, si pensi quello alla trasparenza e all'informazione, insomma promuovere valori costituzionali minacciati da una dinamica economica per lo più incontrollata, che pone il giudice in condizione di esercitare effettivamente il suo

²³²Tripodi e Battelli, *Codice del consumatore*, cit. pag. 126; Vettori, *Diritto dei contratti e Costituzione europea*, Milano, 2005, 229; Di Marzio, *Codice del Consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837

²³³ La figura della nullità relativa è ammessa dalla dottrina tradizionale v. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile, ib. IV, t.2*, Torino, 1958, 378; Messineo, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1972, 494, Tommaseo, *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. Dir. XXVIII*; Milano, 1978, pag.896.

La si trova enunciata nel diritto positivo anche nell'art. 21 della legge n.203 del 3 maggio 1982 in materia di contratti agrari, nel contratto di edizione a termine in cui non sia stato indicati il numero di esemplari da realizzare per ogni edizione- art. 122 della legge n. 633 del 22 aprile 1941.

potere, ed espletare di converso il suo dovere e la sua funzione di garante della legalità²³⁴. Strumento quindi che, benché, come si è detto già interno al nostro ordinamento, grazie esclusivamente alla legge attuativa della Direttiva, ha ricevuto la sua investitura, nel sistema nevralgico della contrattazione privatistica, al ruolo di “istituto”, autonomo, avente una connotazione specifica che lo affranca dalle figure conosciute attinenti alla patologia del contratto e dalle ipotesi di nullità parziali, per così dire classiche²³⁵. Strumento, inoltre, che in concreto opera, ma senza intaccare la validità del contratto che contiene la clausola vessatoria, perché l’offesa che procura agli interessi generali viene veicolata pur sempre per il tramite di un interesse individuale, quello del solo consumatore, contraente protetto, di riflesso esclusivo portatore dell’interesse a rimuovere la causa di nullità.

È questo invero l’aspetto più significativo dell’istituto, vale a dire l’attribuzione della legittimazione all’esercizio dell’azione, diversamente dall’ordinario, “esclusivamente” ad una sola parte predeterminata, individuata nel solo consumatore, tant’è che ormai si parla comunemente di <nullità unilaterale>, ben diversa, come si è già rilevato dall’annullabilità che è inconciliabile con il carattere di norma protezionistica della disposizione considerata.

Si tratta di legittimazione esclusiva che si coniuga però sempre con il potere di rilevare d’ufficio la nullità della clausola attribuito al giudice, che si affianca così alle autorità amministrative indipendenti deputate al controllo delle dinamiche di mercato.

In chiave astratta, questa commistione non pone problematiche particolari, perché ovviamente l’intervento del giudice dovrà essere astretto entro i limiti delle

²³⁴ Di Marzio, *Forme di nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell’ultimo decennio*, in, *Giust. Civ.*, 2000, II, pag.785 e ss.

²³⁵ Oltre ai casi già indicati, v. art 23 comma e del T.U. sull’intermediazione finanziaria.

domande ed eccezioni delle parti- art. 99 c.p.c., e dell'obbligo di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato- art 112.c.p.c.-, che sono gli stessi entro i cui margini è stato sinora esercito il medesimo potere in relazione alle cause ordinarie di nullità.²³⁶: Le risposte in concreto non appaiono altrettanto semplici, laddove il consumatore azioni in giudizio pretesa scaturente da un contratto contenente una clausola vessatoria, che egli non ha però interesse a denunciare, e quindi non denuncia.

Restiamo con vivo interesse in attesa della risposta della giurisprudenza.

Resta ancora irrisolto peraltro se, sul piano degli effetti di un'eventuale pronuncia giurisdizionale, trattandosi di nullità relativa²³⁷, come si sostiene dai più, debba ipotizzarsi un effetto relativo della declaratoria di nullità, ovvero se, come si afferma all'opposto²³⁸, non è concepibile una figura eccezionale di nullità che deroghi al suo carattere assoluto²³⁹.

Insomma il carattere più significativo dell'istituto, che è pur sempre la sua relatività, siccome esso opera solo in caso di squilibrio strutturale a vantaggio di un solo contraente, rende fortemente problematico l'innesto nel suo alveo di caratteri che sono propri della figura ordinaria, non ontologicamente confliggenti, ma solo difficilmente conciliabili. In concreto, al di là della rilevabilità d'ufficio,

²³⁶ Di Marzio, op. cit, riferisce, con numerosi richiami, la giurisprudenza formatasi in tema e gli interventi critici della dottrina.

²³⁷Quadri R. *Le nullità protettive*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino 2003., pag. 431cita

Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960 pag. 482.

²³⁸Quadri R, op. cit., pag. 431 cita Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli 1970 pag. 344

²³⁹ Scalisi, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, Europa e diritto privato, 2003, pag. 490. Afferma che abbandonato l'antico ancoraggio dell'articolo 1418, la nullità diventa un rimedio in una prospettiva europea sempre più rispondente, al tipo di operazione contrattuale posta in essere valutata dal punto di vista degli specifici interessi confluenti, della posizione delle parti e in base alla natura dei beni e servizi dedotti nel rapporto. La legislazione comunitaria ha unito così unica categoria modelli tra loro eterogenei. Sicchè apparendo irriducibile, fissare questo particolare tipo in un concetto unitario di nullità, si necessita di un'identità che salvaguardi la sua frammentazione. Tale figura irrompe nel mondo contrattuale, riproponendo in questo modo quella dicotomia di esemplari che il diritto comune aveva superato, e che il diritto comunitario ha recuperato.

che è però prevista sul piano positivo, resta infatti anche il dubbio circa l'imprescrittibilità, che è tipica dell'azione di nullità, dato il suo innegabile contrasto con altri interessi prioritari, di cui non può non tenersi conto perché ormai sono confluiti dal piano strettamente economico a quello giuridico, quali, per esemplificare, la certezza dei traffici commerciali e giuridici del mercato, che hanno assunto anch'essi connotazione d'assolutezza.

E proprio a questa esigenza si deve imputare la rottura dell'unitarietà ontologica del contratto, che il diritto europeo dei contratti ha rivisitato, ponendo la dicotomia fra quello ordinario e quelli d'impresa, ed individuando una diversità di disciplina che il nostro sistema privatistico codificato in realtà non conosceva, con il riflesso in sede patologica, eterogeneo ma non confuso, nel segno dell'emancipazione, però non integrale né definitiva, dal sistema classico, non ripudiato ma adattato a nuove logiche.

Seppur con tutti i dubbi enunciati, possiamo quindi concludere che la nullità di protezione mutua il suo fondamento giuridico strutturale dalla nullità tradizionale, ma se ne discosta perché non risponde all'interesse generale e astratto della collettività, bensì ad un interesse settoriale ben individuato, e si modella perciò sulla base di un regolamento contrattuale che subisce solo in parte la sovranità della legge, ma che prioritariamente tutela l'assetto degli interessi dei contraenti, in un mercato che vuole rimanere nella libera concorrenza, in un rapporto di reciproca subordinazione e adattamento fra elementi tra loro contrastanti.

Il suo assetto è perciò unitario e compatto, ed il passaggio alla relatività permette che in questo nuovo schema si riflettano gli interessi, le scelte, e i bisogni di una

logica che necessita di flessibilità e duttilità, e tenga conto della specificità del regolamento contrattuale considerato²⁴⁰.

È quindi necessario per capirne la portata, abbandonare il concetto di invalidità negoziale come una categoria circoscritta alle sole ipotesi di nullità assoluta, e di annullabilità come invalidità a carattere relativo, e superare questa rigida dicotomia senza troppe forzature concettuali, elaborando una più moderna visione dell'invalidità in genere, maggiormente aderente all'intento del legislatore.

Questo spiega il perché la nullità di cui ci occupiamo è relativa, ma nel contempo è assoluta, perché non è rilevabile da parte di chiunque ma dal giudice d'ufficio, la relativa azione è imprescrittibile, e la pronuncia che l'accerta ha natura dichiarativa.

Tale costruzione è suffragata dall'interpretazione autentica che dell'articolo 1469 quinquies (quindi confluito nell'art.36 del Codice del consumo) hanno dato il d.lgs. n .24/2002 in materia di acquisto di beni mobili di consumo, e il d.lgs. n. 321/2002 in materia di ritardo nelle transazioni commerciali con cui il legislatore, come si legge nelle rispettive relazioni di accompagnamento del testo, laddove si afferma che tale nullità deve essere qualificata "nullità di protezione", sottoposta ad un regime proprio, e quindi viene definita espressamente "nullità atecnica".

Si è premesso che l'istituto è stato recepito dal nuovo Codice del consumo approvato con d.lgs n 206, entrato in vigore l'8 ottobre 2005, che all'articolo 36 ribadisce che le clausole vessatorie sono "nulle" mentre il contratto rimane valido per il resto, consacrando tale forma di nullità, frutto di elaborazione recepita, forse acriticamente, nel nostro sistema, come categoria giuridica e non già come figura avente carattere eccezionale o speciale, operante non già contro una regola, ma

²⁴⁰ Scalisi op. cit., pag. 502ss.

come una regola ²⁴¹, ed avente perciò la stessa dignità giuridica dell'istituto tradizionale.

Resta confermata anche nella norma ultima l'operatività del principio generale di conservazione del contratto, che preclude al giudice di estendere la declaratoria di nullità all'intero contratto, a meno che la parte interessata non eccepisca e dimostri che senza quella clausola neppure si sarebbe stipulato il negozio, ovvero il professionista non chieda l'annullamento per errore essenziale sulla portata della clausola.

Siamo quindi in presenza di una figura patologica duttile, che non è più del contratto ma nel contratto, incide su singole clausole ma non intacca l'autoregolamento negoziale, opera come strumento di controllo della dinamica negoziale e di promozione della buona fede nella conclusione del contratto²⁴², il tutto come indice di una linea di storicizzazione che sancisce il definitivo passaggio dalla categoria ontologica unitaria della nullità, alle singole figure di nullità, con la conseguente relativizzazione della fattispecie.

“Il mondo non è uno ma molti”²⁴³ e l'esperienza giuridica racchiude in una prospettiva unitaria forme molteplici.

Ed ancora l'art. 134 del Codice del consumo prevede che è nullo ogni patto voluto dalle parti che sia destinato ad escludere i diritti riconosciuti al consumatore, e tale nullità può essere azionata solo dal consumatore. La fattispecie ricalca sia il disposto degli artt. 117, 127 e 124 del d.lgs n. 385/1993 in materia bancaria, che affida solo al cliente, ancorchè però non consumatore, l'azione di nullità delle clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi d'interesse, che la previsione dell'art 23 del d.lgs n. 58 del 24 febbraio 1998 che, in materia

²⁴¹ Patti e Rossi Carleo, *Il codice del consumo, Commentario*, Napoli, 2005, pag .253.

²⁴² F. Di Marzio, op. cit.,804.

²⁴³ Scalisi op. cit. pag.520ss.

d'intermediazione finanziaria, prevede che la nullità per difetto di forma scritta dei contratti aventi ad oggetto investimenti può essere fatta valere solo dal cliente²⁴⁴.

Secondo la dottrina, nel medesimo segno opera l'art. 9 della legge n. 192 del 18 giugno 1998, che prevede nullità di protezione, in relazione a patto che realizza abuso di dipendenza economica, a favore dell'imprenditore debole.

In funzione di norma di chiusura l'articolo 1469 sexsies, confluito ora nell'art. 37 del Codice del Consumo, prevede che le associazioni dei consumatori, e dei professionisti e le Camere di Commercio Industria ed Artigianato possano agire in via inibitoria, e quindi convenire in giudizio il professionista o l'associazione dei professionisti che, utilizzano o raccomandano l'utilizzo di condizioni generali ritenute vessatorie, ovvero proporre in via d'urgenza un provvedimento che inibisca l'uso di dette clausole, attivando la tutela cautelare mediante lo strumento ordinario previsto dal regime posto dagli artt. 669 e ss. c.p.c.²⁴⁵ quando si prospettino e si dimostrino, sebbene con la sommarietà che siffatto procedimento impone, sia motivi d'urgenza che la sussistenza di un danno grave e irreparabile.

Trattasi²⁴⁶ palesemente di attività espressione della funzione di controllo attribuita a tali organismi, esercitabile in forza di legittimazione speciale all'esercizio di azione avente carattere preventivo, in quanto diretta a sollecitare ex ante l'intervento del giudice onde impedire in generale l'uso delle clausole di cui si

²⁴⁴ ma in epoca risalente, l'art. 190 cod. civ, abrogato dopo la riforma del diritto di famiglia introdotta con la legge 19 maggio 1975 n. 151, prevedeva la sola legittimazione del marito a far dichiarare la nullità dell'atto di alienazione della dote che non fosse stata permessa nell'atto di costituzione, e così l'art. 21 della legge n. 203 del 3 maggio 1982 citata, in materia di fondi rustici, legittimava all'azione di nullità del contratto di subaffitto solo il locatore.

²⁴⁵ Bianca, *Diritto civile, vol.III, Il contratto*, Milano 2000, pag.382.

²⁴⁶ Come opportunamente indicato dalla modifica dell'art.1469 sexsies, ad opera dell'art.6, L. 3 febbraio 2003 n.14, De Cristofaro, *Giusti motivi d'urgenza: quale tutela cautelare per le clausole abusive?* in *Resp. Civ. prev.*, 1998 p.727.

afferma la vessatorietà²⁴⁷, che trova giustificazione in quanto finalizzata ad impedire che clausole, di cui si paventa natura vessatoria, ledano non solo gli interessi del singolo consumatore ma anche quelli generali del mercato, operando turbativa²⁴⁸ nella complessiva categoria della contrattazione.

Comporta evidentemente una legittimazione esclusiva che esclude quella concorrente del singolo consumatore, il quale può agire *uti singulus*, avvalendosi però solo di una tutela successiva.

Soffermandoci brevemente sull'argomento, si riscontra che l'irreparabilità del danno è stata interpretata in senso restrittivo come un notevole pregiudizio per la società in generale, in quanto senza questa azione le imprese potrebbero continuare ad avvalersi di tali clausole.

Il tutto opera palesemente nell'ambito della problematica, delicata, dell'effettivo <accesso alla giustizia>, molto avvertita, nell'ordinamento comunitario²⁴⁹ anzitutto, ma anche in quello nazionale che ha registrato quanto meno il tentativo di snellimento del formalismo processuale, come ad esempio con l'introduzione delle fasi conciliative, che trova la sua causa non solo su motivazioni di ordine etico, ovvero di carattere pratico, ma risponde piuttosto all'esigenza di assicurare eguaglianza non solo formale, in un sistema, anche giuridico, promotore di libertà positive e diritti diffusi, a ben determinate formazioni sociali. E ciò perché tale protezione svolge anche, e soprattutto, pur nei casi in cui l'interesse economico in

²⁴⁷ Art 37 c. consumo riproduce disposizioni dell'art 1469 sexsies.

²⁴⁸ Bianca op. cit. pag.392.

²⁴⁹ In ambito comunitario si registrano interventi a partire dal *Rapporto della Commissione Sutherland* del 26.10.86, il *Libro verde sull'accesso alla giustizia* della Comm. Del 16.11.1994, e in tema G. Alpa, *Il diritto ed i consumatori*, Bari, 1999, p.432-434, e *L'accesso alla giustizia e la tutela degli interessi diffusi*, in *dir. priv. dei consumi*, Bologna, 1986; Cappelletti, *Accesso alla giustizia. Risultati del progetto pilota del Comitato di difesa consumatori promosso dalla Commissione CE*, in *Documento giustizia*, 1996, 1499 e ss.; Capponi, *L'accesso alla giustizia dei consumatori*, in Capponi, Gasparinetti, Verardi, *La Tutela collettiva del Consumatore*, Batoli, 1995, 233; Avolio, *L'accesso alla giustizia; quali tendenze di riforma per affrontare la crisi. La posizione della Comunità europea*, in, *Contratto e .impresa. eu.*, 1997, pag. 743.

gioco sia di scarsa rilevanza, il valore di strumento di governo della concorrenza e di politica della competitività, quella stessa politica che ha spinto il legislatore ad intervenire, in tempi recenti, incisamente sulla modifica di alcuni istituti delle procedure concorsuali²⁵⁰.

²⁵⁰ Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 124, Lamicela, *Note critiche in materia di nullità contrattuali*, in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005, 184; Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir.priv.*, 2004, 868.

Capitolo VI

L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE ALLA LUCE DELLE ATTUALI NORMATIVE CONSUMERISTICHE

Altri strumenti a favore dei consumatori nell'attuale codice del consumo e nuovi strumenti a favore dell'imprenditore debole

Come si è già detto, il 6 settembre del 2005 è entrato in vigore il decreto legislativo n. 206 che ha dato origine al Codice del consumo, che s'inserisce, quale strumento organico e completo, nel quadro generale delle politiche pubbliche in materia di diritti dei consumatori, espressione di uno sforzo di organizzazione sistematica teso a riunire in un *corpus*, strutturato unitariamente, degli interventi legislativi precedenti che necessitavano di un'opera di coordinamento e riassetto²⁵¹.

Come si è rilevato, sebbene il *nomen* autorizzi a credere che si tratti di un vero codice, in realtà si è trattato di una sistemazione della precedente diritto

²⁵¹ Col Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 e col successivo Trattato di Amsterdam del 1997, il principio della tutela del consumatore ha trovato specifico riferimento nell'art. 129 A che prevede che la Comunità adotti misure per il riavvicinamento delle legislazioni nazionali, onde assicurare livello di protezione elevato in materia di sanità, sicurezza, ambiente, e protezione dei consumatori. Ma già con la Risoluzione n. 543 del 1973, il Consiglio d'Europa aveva adottato la "Carta europea di protezione dei consumatori", sulla cui base gli interventi della Commissione si sono fatti di volta in volta penetranti specie negli anni '90, segnati da numero cospicui di Direttive, per citarne alcune n. 92/59 in materia di sicurezza dei prodotti, n. 90/946 in materia di etichettatura, n. 91/72 in materia di presentazione di generi alimentari destinati al consumatore finale, n. 90/88 in materia di credito al consumo, n. 90/314 in materia di viaggi e vacanze tutto compreso, e 93/13 sulle clausole vessatorie. Di recente la Dir 2005/29 interviene sulle pratiche commerciali sleali nei rapporti col consumatore.

codificato, modificato solo in *parva* parte, sicché in effetti siamo in presenza di un Testo Unico²⁵².

La legge delega n. 229/2003 enunciava come obiettivo primario quello di semplificare la varia normativa in materia, e creare una raccolta organica, cosicché la struttura del Codice è risultata frutto di un'opera di rielaborazione delle precedenti concezioni ed analisi, anche economiche, sociologiche e psicologiche, della più generale "teoria del consumatore", il cui sviluppo ha infine consentito di definire la strutturale debolezza del consumatore in un quadro completo, che descrive e regola le varie fasi in cui si snoda il processo di formazione del contratto, ed in cui si manifesta il bisogno di protezione²⁵³. Significativo è il richiamo non solo al Trattato UE ma anche alla Costituzione, contenuto nell'art. 153, e la formula secondo cui il codice <riordina e armonizza i processi di acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti>.

La novità più importante consiste nell'ampliamento della nozione stessa di "consumatore" che, dalla sfera della persona fisica che contratta nelle condizioni (sulle quale ci siamo già soffermati), transita a quella secondo l'art. 5 comma 1 della <persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali>.

Ciò avviene perché la tutela del contraente consumatore viene anticipata alla fase della formazione del contratto, in ragione del fatto che tale momento del processo progressivo del consumo viene considerato espressione del diritto, sancito nell'art. 2 lett c. del codice, all'informazione ed alla corretta pubblicità, momento necessario con cui il consumatore apprende le regole di funzionamento del

²⁵² Gentile, *Codice del Consumo ed esprit del geometrie*, in *I Contratti*, 2006, pag. 159; contra M. Dona, *Codice del consumo, più tutela agli utenti. Ma resta il nodo del via alle azioni comuni*, in *D&G*, 37/2005, pag. 103

²⁵³ Troiani, *Codice del consumo, arrivano le regole fra piccoli utenti e giganti del mercato*, *Diritto e giustizia*, 2005 pag. 110.

mercato, e può quindi attuare scelte consapevoli, in un approccio nuovo, che era sconosciuto al codice civile del '42, fondato sul dogma dell'uguaglianza formale delle parti, e dell'autonomia negoziale.

Di converso la nozione di consumatore resta neutra, nel senso che essa é legata al singolo atto concreto negoziato²⁵⁴, diretto a soddisfare un bisogno di consumo, né se ne uniforma il tratto conciliandolo con le definizioni settoriali, quali ad esempio con la figura delineata nel T.U. bancario, o nel T.U. della Finanza ove, presente il requisito della persona fisica, resta però estraneo il anzidetto bisogno di consumo.

Ma venendo allo specifico, l'articolo 2 elenca i diritti fondamentali del consumatore²⁵⁵, vale a dire, il diritto alla salute, alla sicurezza e alla qualità dei servizi, ad una corretta informazione e pubblicità, all'educazione al consumo, alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero volontario e democratico tra i consumatori e utenti, all'erogazione di servizi pubblici secondo standards di qualità ed efficienza.

Indi la parte II regola la fase precontrattuale della trattativa, precedente al trasferimento del bene o all'erogazione del servizio di consumo, conferendo particolare rilievo alla problematica della pubblicità, che, secondo il disposto dell'art.18²⁵⁶, deve essere seria, palese e corretta; in combinato, l'art. 26 consente

²⁵⁴Atelli, *Consumo individuale e consumo aggregato; insufficienze del modello legale del consumatore*, AA.VV., *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore*, Napoli, 1998,pag. 21 .

²⁵⁵Tripoli- Battelli,*Il codice del consumatore*, Milano 2006, pag. 5.

²⁵⁶ L'attuale codice non presenta alcun aspetto innovativo rispetto al d. lgs. del 25 gennaio 1992 che ha attuato la direttiva Cee 84/450 in tema di pubblicità ingannevole, ed la direttiva 97/55/Ce sulla pubblicità comparativa che è stata recepita in Italia con il d. lgs.25 febbraio2000 n. 67. La pubblicità regolamentata consiste in qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, che ha lo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili ,la costituzione o il trasferimento di diritti e obblighi su di essi, oppure la prestazione di opere o servizi. Per pubblicità ingannevole s'intende qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, sia idonea a trarre in inganno le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta, o che a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento ovvero che, sia idonea a ledere un concorrente. E' considerata inoltre ingannevole la pubblicità che, riguarda prodotti che possono

ai concorrenti, e ai consumatori, e alle loro associazioni, nonché al Ministro delle Attività Produttive e ad ogni altra amministrazione interessata, di chiedere all'autorità competente che siano inibiti gli atti di pubblicità ingannevole o comparativa, ritenuta illecita, ovvero la loro continuazione, e ne siano eliminati gli effetti.

Il principio ispiratore dell'impianto, che si sviluppa in sei parti, è quello di precauzione, enunciato anche in altri settori, specie in tema di tutela della salute, dal legislatore europeo che, prima ancora di quelli nazionali, ha inteso assicurare tale garanzia per ciascun soggetto, e tutelare la sicurezza dei consumatori in specie.

La disciplina dell'informazione, specificamente dettagliata nel Codice, muove dal presupposto, nuovo nell'assetto interno della contrattazione fra privati, che l'antecedente necessario dell'autonomia negoziale è rappresentato dalla correttezza dell'apprendimento degli esatti termini della contrattazione, secondo un'impostazione che premia essenzialmente il ruolo della conoscenza e della consapevolezza sia dell'accordo che dei propri bisogni.

Di qui un doppio binario di tutela, preventiva, e successiva, con aspetti nuovi, e sostanzialmente amministrativi nella prima fase, con divieti di produzione di alcuni beni, permessi o autorizzazioni per la produzione, obblighi di pubblicizzazione, indicazione dei prezzi, contenuto minimo di informazioni ed altro, e più tradizionali in quella successiva, a partire dall'art. 26.

Il cittadino europeo ha diritto ad una vita sana ed alla propria sicurezza, e ciò vale anche in relazione ai prodotti che acquista e consuma, intendendosi tale, secondo

nuocere la salute e la sicurezza dei consumatori, ometta di dare notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza. Per comparativa invece s'intende quella pubblicità che in modo esplicito o implicito identifica un concorrente, o beni o servizi offerti da un concorrente.

l'art. 115 del Codice, <ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile> compresa l'elettricità o il software, ed esclusi evidentemente i beni immobili, le opere dell'ingegno immateriali ed i servizi.

Il prodotto deve essere sicuro, e tal è, ex art. 101, quello privo di rischi ovvero con rischi minimi, e non pericoloso se utilizzato nella normalità, laddove è difettoso, ex art. 17, se non offre la sicurezza che ci si può attendere usandolo normalmente.

Il produttore deve immettere sul mercato il prodotto che deve avere requisiti di sicurezza- art. 104-, ed inoltre - artt.- 114-127-, risponde del danno che possa conseguire, salva prova di aver illustrato i rischi, non solo con le dovute istruzioni ma anche con apposite avvertenze per utile prevenzione, che esauriscono il suo dovere d'informazione.

Si tratta di responsabilità definita unanimemente di natura oggettiva.

Il danneggiato concorre nella colpa-art 122- in applicazione del principio sancito nell'art. 1227 c.c., con tutti i dubbi che suscita il coordinamento di tale principio con la responsabilità oggettiva dell'altro contraente, sempre che non abbia ignorato il rischio o il difetto del prodotto, ovvero questo fosse visibile.

Il danno risarcibile-art 123- è duplice, e riguarda sia la sfera personale del consumatore- morte o lesione-, sia la cosa in sé, distruzione o deterioramento.

L'azione per far valere la responsabilità oggettiva- art. 125- si prescrive in tre anni dal giorno in cui il consumatore ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del difetto, del danno e dell'identità del responsabile, sempre che- art. 126- si versi entro il decennio dalla messa in circolazione del prodotto.

La sistematica del Codice prevede quindi particolari modalità di circolazione di beni e servizi, sulle quali per ovvi motivi di sintesi, occorre sorvolare.

Il profilo dell'equilibrio contrattuale regolato con riferimento al tema delle clausole vessatorie, così come abbiamo avuto modo di vedere nelle pagine precedenti, è stato trasfuso nel titolo I, parte III, negli artt. 33 e ss. che hanno recepito le disposizioni contenute negli artt. 1469 bis e ss. c.c.

Ribadendo la tecnica della elencazione, il Codice ha escluso il giudizio di vessatorietà dall'oggetto del contratto e dall'adeguatezza del suo corrispettivo, nel rispetto dell'assetto economico dell'operazione, e senza incidere sul sinallagma, con la conseguenza che continua ad applicarsi l'azione di rescissione laddove il vizio genetico alteri la corrispettività.

Lo ha escluso inoltre per le clausole negoziate, perché ciò vuol dire che il consumatore ne ha avuto conoscenza e quindi il suo diritto all'informazione è stato rispettato, ed ancora per le clausole che riproducono disposizioni di legge o di principi di convenzioni internazionali.

Lascia inalterata la presunzione per talune clausole, elencate nell'art 33, malgrado la buona fede dell'altro contraente, lasciando immutata la problematica sorta all'indomani dell'introduzione dell'art 1469 bis.

Sostituisce infine la rubrica dell'art. 1469 quinquies, lasciandone identico il testo, laddove prevede in luogo dell'inefficacia la "nullità di protezione", nel crisma dell'utilità sociale e del rispetto dei fini sociali, contenuto in nuce nell'art. 41 della nostra Costituzione, ma sancito espressamente nella Direttiva CE n. 93/13²⁵⁷.

Disciplina il diritto di recesso- artt. 64-67-, coordinandolo essenzialmente col d.lgs. del settembre 1993 n. 385 (T.U.in materia bancaria e creditizia), col d.lgs n. 50/1992 e col d.lgs n. 185/1999

²⁵⁷ Vedi paragrafo n.4 Cap.5. Le nullità di protezione.

Favorisce il consumatore agevolandone l'iniziativa giudiziaria, laddove gli consente di adire il giudice <in casa propria>- art 63-.

Riconosce infine legittimazione alle associazioni di categoria -art.139-, legittimando tali soggetti ad agire in caso di violazione di interessi collettivi.

In conclusione, il Codice contiene riassetto, scopo basilare della delega, senza però *l'esprit de geometrie*²⁵⁸ dei Trattati comunitari, e solo in parte innovazione.

Il consumatore resta individuato non già nel soggetto che acquista in posizione di debolezza economico sociale, perché è tale anche il ricco che si procura un bene di consumo, ma in colui che “contratta” in posizione di debolezza, e quindi merita protezione speciale, e perciò, e questa è la novità, può anche essere rappresentato da una persona giuridica, che pur non ha una vita privata siccome agisce per il suo fine istituzionale, limitatamente però alle disposizioni sulla pubblicità - art. 18-.

La libertà contrattuale, accolta nel Codice, si atteggia dunque diversamente da quella immaginata dai compilatori del codice civile, alla cui logica è però estraneo l'obiettivo estremo di assicurare un elevato grado di tutela ad una sola parte contrattuale oltre quella assicurata dagli artt., 1341, 1342 e 1226, e trova la sua massima espressione in uno statuto che, nel suo sforzo di riorganizzazione, resta, nonostante le sue timide novità, però pur sempre subordinato al diritto codicistico dei contratti.

La frammentazione che, prima ancora, aveva espresso sensibile attenzione al tema con normative di settore e specializzate attuative, a volte in maniera disordinata, delle direttive comunitarie, è stata insomma ricomposta in un quadro d'insieme espressamente finalizzato alla perequazione delle condizioni dei contraenti, in un regime in cui l'equilibrio contrattuale, turbato per definizione, trova il suo punto

²⁵⁸ L'espressione è di A. Gentili.,op. cit..

di simmetria, nel rispetto di una matrice europea che muove da una spinta di miglioramento e consolidamento del diritto già esistente.

L'intento è stato perseguito allargando i diritti fondamentali già espressi nella 281/98, ora riportati all'art. 2 del Codice, mediante aggregazione delle diverse leggi settoriali, nell'ottica di una centralità della persona del consumatore, e in una ricerca di coesione in cui il contratto del consumatore rappresenta anello di congiunzione tra contratto, come categoria giuridica, e mercato, in cui esso si esprime, come tale dotato di una sua caratterizzazione, per così dire, speciale.

E per l'effetto il consumatore rappresenta la sintesi tra la parte astratta di un contratto e la controparte di un professionista, punto di fusione tra domanda ed offerta, segno della stretta interferenza tra mercato e diritto che impone, mediante il controllo sulla standardizzazione, strumenti di tutela dell'equilibrio contrattuale²⁵⁹.

In conclusione, possiamo dire che l'evoluzione normativa della legislazione comunitaria, passata e presente, sembra considerare il problema dell'equilibrio contrattuale in relazione alla posizione soggettiva di colui che è considerato contraente debole²⁶⁰, e, superato il limite tradizionale dell'azione di rescissione, la tutela del soggetto svantaggiato si delinea su uno stato soggettivo che garantisce colui che nella contrattazione si trova danneggiato per antonomasia dall'imprenditore che versa in posizione di forza, e può imporre scambi iniqui.

²⁵⁹ Dona, in *Diritto e Giust.*, n. 37, 2005, pag.103, definisce il Codice "le XII tavole degli utenti italiani".

²⁶⁰ Le innovazioni introdotte dal codice, creano una disciplina a tutela dei consumatori, sul presupposto dell'asimmetria di forze fra l'operatore commerciale forte ed il contraente debole. Si crea pertanto una tipologia di contratti che si sostanzia sul particolare status di contraente debole. In questa prospettiva, assumono maggiore rilievo le modalità di stipula del contratto, la predisposizione unilaterale, la possibilità di trattativa, gli obblighi d'informazione. La legge comunitaria è intervenuta laddove, vi è uno squilibrio contrattuale, che derivando da una debolezza economica, determina uno status d'inferiorità soggettivo del consumatore che non può modificare le condizioni dall'imprenditore imposte.

Da qui, data per il consumatore l'impossibilità di negoziare sul contenuto delle clausole del contratto, i limiti imposti per evitare la discriminazione contrattuale che, *de jure condendo*, non può non tener conto anche di quei soggetti che non rientrano nella categoria di consumatori, e dunque non sono ammessi a beneficiare della disciplina delle clausole vessatorie, ma pur sempre possono comunque trovarsi in situazioni di squilibrio pari a quelle dei consumatori.

Il fine auspicabile dell'introduzione del Codice è che il contraente debole, tale inteso in senso giuridico e non economico, prenda coscienza dei suoi diritti, pretendendone il rispetto nei limiti che la legge prevede.

Restando in altro ambito, la disparità di potere contrattuale si evidenzia anche nelle articolazioni dei rapporti economici²⁶¹, riguardante le piccole imprese o imprese satelliti, che si trovano in condizioni di debolezza di fronte alle grandi aziende dominanti nel settore della produzione.

Il piccolo imprenditore, spesso non è altro che un soggetto sottomesso da una grande rete distributiva della catena industriale della produzione di massa. Di qui l'esigenza della tutela di soggetti ritenuti deboli negli scambi commerciali, considerando anche il professionista come colui che opera in una situazione a lui sfavorevole per circostanze inerenti alla dinamica del mercato.

In relazione a questa figura di contraente debole, non consumatore, negli ultimi anni si sono registrati numerosi interventi, sia in ambito comunitario che nazionale, volti alla protezione delle piccole e medie imprese dallo squilibrio contrattuale nel settore economico.

In questa chiave di lettura, il Tribunale di Monza²⁶² ha affermato l'invalidità delle clausole bancarie di trimestralizzazione degli interessi sugli interessi, per il loro

²⁶¹ Bocchini, *la difesa delle clausole contrattuali*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino 2003, pag. 47.

²⁶² Bilotta, *Le clausole vessatorie*, 2002 pag. 179, cita il Tribunale di Monza sent. del 23. 2. 99

carattere negoziale e non normativo, in quanto la capitalizzazione trimestrale per gli interessi dovuti alla banca, laddove è invece annuale quella per gli interessi spettanti al cliente, viola la norma contenuta nell'articolo 1469 bis c.c., sostenendo che il d.l. del 1 settembre 1993 n.385 del T.U. in materia bancaria²⁶³ non si applica ai soli contratti con i consumatori, ma anche a società clienti vittime della sproporzione contrattuale.

La decisione avvalorata la tesi secondo la quale la tutela contrattuale contro le clausole eccessivamente onerose si concretizza anche in relazione ai professionisti individuali o collettivi, che operano in situazione di squilibrio nei rapporti bancari, perché il termine consumatore si riferisce a chiunque agisce in posizione contrattuale d'inferiorità, ivi compreso un professionista che contratta con un altro professionista che opera invece in posizione di forza.

Significativa appare, in ragione di tanto, la legge 18 giugno 1998 n. 192, diretta a regolare i rapporti di subfornitura nelle attività produttive, che si è proposta di evitare l'abuso di potere nei rapporti di mercato.

Il contratto considerato è quello con il quale il subfornitore s'impegna a realizzare lavorati su prodotti o materie forniti dal committente, ovvero a fornire prodotti o servizi destinati ad un'attività economica dell'impresa committente, o a produrre un bene in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dalla committente.

Si tratta di fattispecie che, non rientrando in una specifica tipologia contrattuale e, in assenza di tipizzazione, mutua aspetti sia del contratto di appalto, sia della vendita, sia della somministrazione, figure queste la cui disciplina di settore deve perciò coniugarsi, in uno sforzo esegetico di compatibilità, con la legge n. 192/98

²⁶³Art 43 cod.consumo (d.lgs.6-9-2005 n.206) rinvia al citato decreto.

speciale, cui occorre ovviamente dare prevalenza, dato tale carattere, laddove risulti incompatibile con la disciplina codicistica²⁶⁴.

Abbiamo preso ad esempio la categoria del subfornitore perché, in entrambe le ipotesi descritte, questo contraente, che è un imprenditore, si trova in posizione contrattuale di subordinazione nei confronti dell'impresa committente, alla cui direttive è tenuto ed adeguarsi, e può dunque trovarsi sguarnito di difesa, in assenza di rimpiazzo del prodotto o del servizio, nel caso in cui l'impresa dominante decida di non voler più ricevere la prestazione²⁶⁵.

In questo scenario di fatto, per la prima volta il nostro legislatore si è trovato a fare i conti con l'esigenza d'introdurre misure di protezione nei confronti dell'"imprenditore debole", benché facente parte di categoria forte per definizione, e a dover stabilire principi di tutela contro gli abusi del potere contrattuale, data l'insufficienza dei rimedi civilistici classici volti al recupero dell'equilibrio contrattuale, quali l'azione di rescissione, o il principio di buona fede nelle trattative.

Di qui, secondo l'art.2 della legge sopra citata, i requisiti del contratto di subfornitura che deve avere forma scritta a pena di nullità, determinazione chiara e precisa del prezzo, in modo da non ingenerare incertezza sull'entità delle reciproche prestazioni, il termine massimo di 60 giorni per il pagamento, e, in base agli artt. 5 e 6, la nullità delle clausole che conferiscono al committente il diritto di modifiche unilaterali, ovvero il diritto di recesso senza preavviso, l'esonero da responsabilità, ed il diritto di privativa sui prodotti creati dal subfornitore.

²⁶⁴ Roppo, *Il contratto*, Milano 2001 pag. 905.

²⁶⁵ Bianca, *Diritto civile, Vol.III., Il contratto*, Milano 2000 pag. 400.

Ed ancora, ex art. 9, il divieto dell'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice, secondo una nozione, quella appunto di dipendenza economica, omogenea a quella definita dall'art. 1469 bis.c.c., come situazione in cui l'impresa "forte" sia in grado da determinare un eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi, attuale o potenziale che sia, assunto quale indice di una condizione di subordinazione economica, di una delle parti rispetto all'altra, ma tenendo conto della reale possibilità, per la parte che abbia subito l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

Lo squilibrio quindi opera come uno dei parametri che in concreto potranno essere utilizzati per valutare la soggezione di un'impresa nei confronti dell'altra, che in realtà sarà sottomessa anche se non è in grado di rimpiazzare il proprio prodotto sul mercato, con grave pregiudizio concorrenziale.

È chiaro che il comportamento di abuso non è definito ma è di carattere esemplificativo, potendo comprendere condizioni contrattuali particolarmente gravose, come ad esempio un prezzo anticoncorrenziale, interruzioni arbitrarie delle relazioni in atto, corrispettivi iniqui, come nel caso in cui l'impresa dominante sia in grado d'imporre alla propria controparte condizioni analoghe a quelle che il monopolista è in grado di dettare nei confronti degli altri operatori commerciali presenti nel settore dello scambio²⁶⁶. Inoltre può variare secondo le contingenze del mercato, potendo essere il subfornitore a trovarsi in una posizione dominante.

²⁶⁶ L'eccessivo squilibrio si parametrizza secondo l'art. 1469bis.c.c., Camilletti, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, pag. 134.

La nullità del patto²⁶⁷ attraverso cui si realizza l'abuso opera comunque, in assenza di espressa indicazione, con carattere relativo, così come la nullità di protezione in tema di contratti con i consumatori, categoria alla quale può agevolmente rapportarsi.

L'importanza della normativa è quella di aver attribuito rilevanza al problema dello squilibrio contrattuale anche in un settore ove si è escluso per antonomasia, quale quello dei rapporti fra imprenditori, applicando un sistema di uguaglianza sostanziale fra le parti contraenti, anche se operano nel medesimo settore della produzione, così segnando l'ingresso del principio di lealtà e correttezza anche nelle relazioni fra imprese, quali valori prioritari, e imprescindibili in qualsiasi tipo di contrattazione.

Nel medesimo segno, nella legislazione comunitaria, la Direttiva 2000/35 CE, che in Italia ha trovato attuazione tramite il decreto legislativo del 9 ottobre 2002 n. 231, relativo alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, è mossa dal rilievo, espresso dai considerando che la precedono, che "i ritardi di pagamento impongono pesanti oneri finanziari e amministrativi alle imprese, ed in particolare a quelle di piccola e media dimensione, ed inoltre costituiscono una delle principali cause d'insolvenza determinando la perdita di numerosi posti di lavoro".

Nel considerando n. 19, l'obiettivo primario è indicato in quello "di proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore, specificando l'abuso nel caso in cui l'accordo abbia il fine di procurare liquidità aggiuntiva per il debitore a

²⁶⁷ Non solo il patto, ma anche negozi unilaterali, come diffida ad adempiere, recesso o disdetta esercitato dall'impresa dominante. La nullità non dipende assolutamente da elementi rimessi alla discrezionalità dell'interprete. L'abuso di dipendenza sancito dall'art. 9 della legge sulla subfornitura, può ricordare per certi versi la disciplina della rescissione. Ma rispetto a quest'ultima fattispecie, opera secondo limiti molto più angusti. Difatti la lesione ultra dimidium è molto più ristretta dell'eccessivo squilibrio, così come l'abuso di dipendenza economica sottende ipotesi molto più vaste dell'approfitto dello stato di bisogno. Roppo, op. cit., pag. 928.

spese del creditore, oppure quando l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati, rispetto ai termini ad essi concessi”.

Il termine “transazione commerciale” si riferisce a “ i contratti tra imprese, ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo”²⁶⁸, in relazione ai quali l’art. 3 sancisce che “il creditore ha diritto agli interessi moratori in caso di ritardo, salvo che il debitore non dimostri un impossibilità derivante da causa a lui non imputabile che gli ha impedito di adempiere”.

Secondo l’art. 4 però “salvo diverso accordo tra le parti, la decorrenza automatica degli interessi moratori dal giorno è stabilita della scadenza del pagamento, calcolato sulla base dell’ultimo tasso d’interesse applicato dalla B.C.E nelle operazioni di finanziamento dell’ultimo semestre maggiorato di sette punti”²⁶⁹,

Per l’art.7 inoltre, è nullo “qualsiasi accordo sulla data di pagamento o sulle conseguenze del ritardo, se gravemente iniquo, avuto riguardo alla corretta prassi

²⁶⁸ Si esclude l’ambito di applicazione in tre ipotesi, la prima riguarda i debiti oggetto di procedure concorsuali, la seconda la richiesta d’interessi inferiori a 5 euro, la terza i pagamenti effettuati a titolo di risarcimento danno comprese i pagamenti compiuti a titolo di assicurazione Inoltre si devono escludere i debiti che attengono ai contratti non avente ad oggetto le prestazioni di beni o servizi, le obbligazioni secondarie prodotte dal ritardo o dall’inadempimento; e tutte quelle transazioni che non operano tra imprese, o tra imprese pubbliche e private.

²⁶⁹ Riguardo alla scadenza del termine di pagamento si distinguono due ipotesi; la prima ipotesi in cui il termine è previsto dal contratto, la seconda in cui non è previsto. Nel primo caso opera la decorrenza automatica degli interessi moratori, non appena si giunge alla data prestabilita, nel secondo caso è fissato un termine legale oltre il quale gli interessi decorrono automaticamente. Questo si articola, nei seguenti modi: entro trenta giorni dalla data del ricevimento della fattura da parte del debitore o su richiesta di pagamento di contenuto equivalente, trenta giorni dal ricevimento della prestazione di beni o servizi, in caso d’incertezza sulla data della fattura o della richiesta di pagamento, oppure quando queste sono anteriori. Trenta giorni dall’accettazione o dalla verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto, ai fini dell’accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data. Per alcune categorie di beni, riguardante la cessione di prodotti deteriorabili, è previsto il termine massimo di pagamento di 60 giorni dalla consegna o il ritiro della merce. In ogni modo alle parti è lasciata autonomia, purché stipulino accordi scritti, presso il ministero delle attività produttive, dalle organizzazioni nazionali, maggiormente rappresentative a livello nazionale della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici. Per quanto riguarda il saggio degli interessi la norma ha carattere dispositivo, lo scopo della direttiva nel fissare tassi così alti è infatti quello di contrastare in questo modo, i ritardi di pagamento.

commerciale, alla natura delle merci o dei servizi, agli accordi sui pagamenti e alle conseguenze sui ritardi, nonché ogni altro punto gravemente iniquo per il creditore”.

Scopo della direttiva è di evitare che l'autonomia contrattuale generi accordi ingiusti in danno del creditore ²⁷⁰, in una visione in cui il termine “iniquo” sottende valutazioni di carattere oggettivo, e, a differenza della parola “abuso”, enunciata dalla disciplina delle clausole vessatorie, è indipendente da qualsiasi analisi che verta sull'intenzioni delle parti, sicché l'iniquità si configura, laddove l'accordo senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come oggetto principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore. Nel caso in cui ciò si verifici, il creditore può rivolgersi al giudice che può dichiarare la nullità, come nella “nullità di protezione” che abbiamo già esaminato, anche d'ufficio, può applicare i termini legali, oppure ricondurre l'accordo ad equità, si ritiene senza la preventiva richiesta di parte, avuto riguardo all' interesse del creditore e alla corretta prassi commerciale.

Come norma di chiusura, sono inoltre previste modalità di tutela di interessi collettivi, da parte di associazioni di categoria d'imprenditori competenti ad agire davanti a tribunali o organi amministrativi, onde accertare l'iniquità di determinate condizioni, ed adottare misure adatte ad inibirne l'uso, ovvero a correggere o a eliminare gli effetti dannosi.

Questa analisi diffusa della normativa ne rende evidente l'inserimento in un quadro più articolato di un fenomeno in espansione, che parte dalla tutela dei consumatori per giungere ben oltre, ai rapporti tra imprenditori, ed interessa aree

²⁷⁰Vardi, *decreto legislativo del 9 ottobre 2002 n. 231, che ha attuato la direttiva 2000/35 CE, relativo alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Contratto e impresa*, 2006, pag.1030 ss.

contrattuali sempre più vaste, in una chiave di armonizzazione del diritto privato europeo delle contrattazioni internazionali.

Equilibrio contrattuale nei Principi Unidroit e nel Codice Lando

Il tema poc'anzi accennato, ossia l'armonizzazione del diritto privato europeo delle contrattazioni internazionali, è stato oggetto di studio da parte dell'UNIDROIT, "Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato" che ha lo scopo di creare un corpo unitario di leggi da applicare ai rapporti di commercio internazionale. Le norme del progetto, "*Principles of International Commercial Contracts*" pur non avendo efficacia vincolante²⁷¹, trattandosi di un'opera meramente dottrinale, sono ispirate ad una grande flessibilità, e si sono perciò dimostrate funzionali ai continui mutamenti economici e tecnologici a cui è sottoposto il mondo della contrattazione. Inoltre hanno costituito punto di riferimento per le decisioni di numerose Corti arbitrali internazionali che, nel decidere le controversie loro affidate, in mancanza di altre fonti, si sono ad essi ispirate.

Le finalità del progetto, nel loro insieme, sono spiegate nell'art. 1.6. 1° comma che enuncia la necessità di favorire un'applicazione uniforme dei principi, affinché siano applicati e interpretati il più possibile in modo omogeneo nei vari paesi. Un'altra indicazione si può trovare nell'Introduzione al codice che afferma "che l'obiettivo dei principi è quello di costituire un corpo di regole destinate ad essere usate in tutto il mondo indipendentemente dalle specifiche tradizioni giuridiche e condizioni economiche e politiche dei paesi in cui vengono applicate".

²⁷¹ Il fatto che non abbiano efficacia vincolante, pone il problema di quale valore pratico ad essi attribuire, problema che nasce tutte le volte in cui si parla di soft law. Nel preambolo del codice, è previsto, che questa serie di principi si applicano laddove le parti hanno convenuto che il contratto sia da essi disciplinato, potendo inoltre svolgere funzione ausiliaria in caso di lacune normative trovano applicazione indiretta.

Lo stesso art. 1.6. sostiene che, nel caso di elementi oscuri o di lacune, il significato va ricercato ricorrendo agli stessi principi e non alle fonti esterne dei singoli diritti nazionali.

Abbandonando la visione ottimistica che, ha a lungo prevalso sia in ambito nazionale che internazionale, secondo cui i contratti fra commercianti vedono di fronte solo soggetti esperti che operano secondo regole di correttezza e buona fede, i principi di Unidroit, muovendo dal dato realistico della disparità di forze nei rapporti fra i contraenti, hanno elaborato una serie di norme contro eventuali abusi in danno di una delle parti che conclude il contratto, tenendo presente i pregiudizi che la parte più debole può ricevere, sia sotto il profilo procedurale che sostanziale²⁷².

Così l'art. 3.8. (*Dolo*) prevede che una parte può agire per far annullare il contratto quando sia stata indotta a concluderlo dalla dolosa rappresentazione o mancata rivelazione, ad opera della controparte, in ordine a fatti rilevanti; ancora l'art. 3.9 stabilisce che una minaccia (*violenza*) costituisce motivo di annullamento del contratto se è insieme ingiusta e così immanente e grave da non lasciare alla vittima alcuna ragionevole aspettativa

L'art. 2.19 (*Uso di clausole standard*) detta una serie di disposizioni che si riferiscono alle condizioni generali contrattuali, o clausole standards, avendo anche questa disposizione come obiettivo la tutela della parte aderente contro eventuali e possibili soprusi, statuisce che le regole generali sulla formazione del

²⁷²Bonell, *Un codice internazionale dei contratti*, Milano 1995, pag. 113. A ben vedere, l'emersione della problematica nel commercio internazionale, non è affiorata in epoca tanto recente. Si pensi ad esempio alle Regole di Amburgo sul trasporto di merci per mare, volte a riequilibrare il rapporto contrattuale nel caso in cui una la posizione di una delle parti risultava sperequata. L'impulso maggiore di un *New International Economy Order* è stato avvertito dai paesi in via di sviluppo PVS. Ma ancor di più altri enti privati come l' UNIDO e la CCI si preoccuparono di creare schemi contrattuali il più possibile equilibrati. In particolare alcune organizzazioni governative, hanno militato affinché nei contratti con i PVS si rispettassero condizioni contrattuali eque.

contratto si applicano, anche nel caso in cui una o entrambe le parti facciano uso di clausole standards. Ne consegue che, per diventare parte integrante del contratto, queste clausole devono essere esplicitamente contenute nel documento negoziale, o implicitamente richiamate, e tale ultimo requisito sarà soddisfatto solo se queste corrispondono ad un uso normalmente praticato dagli operatori di quel settore, o ad una prassi generalmente praticata tra le parti. Lo stesso articolo al punto 21 prevede che, in caso di conflitto fra clausole standards e clausole di altro genere, prevalgono queste ultime²⁷³, infine l'art 4.6 (*Interpretazione contro l'autore della clausola*) stabilisce infine che, in caso di dubbio, dette clausole vanno interpretate contro il loro autore.

Queste tecniche, che sono presenti per la maggior parte anche nelle legislazioni nazionali dei vari paesi, sono state raggruppate per proteggere in ambito internazionale la parte aderente contro soprusi e abusi, attuati tramite clausole standards.

I principi di Unidroit non contengono però una disposizione generale cogente che consente di eliminare le clausole contenute in condizioni generali, o quanto meno quelle che risultano inique²⁷⁴; e difatti, come avviene anche negli ordinamenti nazionali, le parti sono libere di inserire nel contratto clausole sostanzialmente inique, come per esempio quelle di esonero di responsabilità o che prevedono il pagamento di una somma determinata in caso d'inadempimento.

Unica eccezione è contenuta nell'art. 7.16, che sancisce “che non ci si può valere di una clausola che limita o esclude la responsabilità di una delle parti in caso d'inadempimento, o che permette ad una delle parti di eseguire una prestazione

²⁷³ Questo articolo, estende una maggiore tutela all'aderente in caso di condizioni generali, rispetto all'art.1341c.c. del nostro codice civile che invece afferma la loro efficacia in base alla semplice conoscenza o conoscibilità. In caso di conflitto lo stesso articolo del progetto, sancisce la prevalenza della clausola negoziata su quella standard.

²⁷⁴ Bonell, op. cit., pag.117.

sostanzialmente differente da quella che l'altra parte ragionevolmente si aspetta se, avuto riguardo alle finalità del contratto, sarebbe manifestamente ingiusto farlo". Il motivo dell'eccezione risiede nel fatto che le clausole di esonero si riferiscono non solo ai contratti con i consumatori, ma sono spesso frequenti anche nei contratti commerciali internazionali.

In tema di equilibrio contrattuale (definito *Gross disparity*), il progetto dedica un'apposita norma, contenuta nell'art. 3.10, quando concede ad una parte la possibilità di annullare il contratto o la singola clausola nel caso in cui ingiustamente attribuiscono all'altra parte un eccessivo vantaggio.

Si devono però considerare, tra gli altri fattori, il fatto che tale parte abbia tratto un vantaggio ingiusto derivante dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza a trattare, nonché la natura e lo scopo del contratto. Il comma 2 prevede infatti che, la parte che ha diritto a chiedere l'annullamento può intervenire senza necessità di agire in giudizio, il giudice agirà in un secondo momento in alternativa all'annullamento per adattare il contratto o le clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio.

Il giudice può inoltre modificare il contratto o le clausole, anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendone affidamento.

Affinché si configuri lo squilibrio, il vantaggio deve essere eccessivo, ingiustificabile ed esistente al momento della conclusione del contratto²⁷⁵.

²⁷⁵ Un contratto che diventa solo successivamente iniquo potrà essere modificato o risolto secondo le regole dell' "*hardship*" "*durezza*" ma non rientra nell'ambito di applicazione di *gross disparity* e non potrà essere quindi oggetto di annullamento. In base a questo principio, sancito all'art. 6. 2.2, l'ipotesi di *hardship* ricorre quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente

Come emerge dal testo dell'articolo, le componenti per poter procedere all'annullamento del contratto sono due, perché, in primo luogo, deve esservi il dato oggettivo di uno squilibrio di valori tra le prestazioni, tale da conferire un vantaggio eccessivo, in seconda istanza questo deve essere ottenuto sfruttando l'altrui posizione di debolezza, o altrimenti mancare di qualsiasi giustificazione.

Il parametro per poter accertare questo dislivello non è un criterio rigido, ma l'analisi è affidata al giudizio dell'interprete, che procederà secondo termini di raffronto elastici, per valutare, all'interno del sinallagma, se vi è una sperequazione tale che, secondo le circostanze, sia in grado di colpire una persona ragionevole²⁷⁶.

E difatti, non ogni situazione che turba la proporzione tra le prestazioni è così grave da permettere alla parte svantaggiata di richiedere l'annullamento o l'adattamento del contratto. Deve trattarsi invece di dislivello fra le rispettive prestazioni che altera sostanzialmente il rapporto in corso, provochi uno svantaggio ingiustificato che si configura tale, o perché conseguito sfruttando la posizione di debolezza dell'altra parte, o perché mancante di qualsiasi idonea giustificazione.

l'equilibrio originario del contratto in modo che risulti per uno dei contraenti, molto più oneroso adempiere rispetto a quanto previsto. In presenza di quest'alterazione, le cosiddette hardship clauses in uso presso nella prassi commerciale internazionale hanno trovato collocazione nei principi di Unidroit. Ricorre l'hardship ai sensi dell'articolo 6.2.3. del progetto, "ogni qual volta, si verificano eventi che provocano uno squilibrio contrattuale, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti o per la diminuzione del valore della controprestazione, questi eventi si verificano o diventano noti alla parte successivamente alla stipulazione del contratto, o anche, non potevano essere conosciuti al momento della conclusione, o sono strani alla sfera di controllo del soggetto danneggiato, oppure il rischio del loro accadimento non era stato assunto dalla parte svantaggiata". In caso di hardship, la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. Questa richiesta però non conferisce alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. In caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, ciascuna parte può rivolgersi al giudice. Il giudice se accerta l'ipotesi di hardship può, risolvere il contratto, nei tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure modificarlo al fine di ripristinare l'originario rapporto.

²⁷⁶ Volpe, *I principi di Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, Riv. di dir. priv., 1999 pag.600ss.

I casi di sfruttamento della posizione di debolezza di una parte a danno dell'altra, si delineano, così come prevede l'articolo in questione, quando si trae agevolazione dalle difficoltà economiche o da necessità immediate dell'altra parte, oppure dall'imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare.

La disparità di posizione insomma è solo il primo requisito da valutare, essendo necessario inoltre considerare la natura o lo scopo del contratto²⁷⁷.

La presenza di entrambi gli elementi permette di effettuare giudizi che si basano su circostanze concrete, e pertanto considerare iniquo un contratto anche laddove non vi sia stato un manifesto abuso contrattuale di una parte a danno dell'altra, ma vi sia una sproporzione notevole.

Non sono precisati i termini di prescrizione dell'azione; in genere si richiede alla parte interessata di attivarsi entro un tempo ragionevole.

Come si può ben vedere, i principi di Unidroit, anche se non hanno forza di legge, trovano applicazione grazie alla completezza delle regole che racchiudono, e, fungendo da modello ispiratore per i legislatori nazionali e internazionali, mostrano di contemplare il problema dell'equilibrio contrattuale e dell'equità fra

²⁷⁷ Nel commento all'articolo si legge che, un maggiore potere contrattuale, derivante dalle condizioni di mercato, da solo non sarà sufficiente per potere chiedere gli strumenti protettivi disposti dalla norma in questione; in quanto per aversi un ingiustificato vantaggio ci deve essere una strutturale situazione di debolezza della parte svantaggiata. Ma nella realtà, una parte, può benissimo sfruttare la sua posizione di egemonia di monopolio o oligopolio e imporre scambi iniqui. Solo qualora la parte dominante ottenga un vantaggio eccessivo, senza sfruttare la posizione di dipendenza dell'altra, e quest'ultima subisca uno svantaggio solo nei confronti dei suoi concorrenti, allora non vi potrebbero essere i presupposti per potere agire e chiedere l'annullamento o la modifica delle clausole o del contratto. Il vantaggio ottenuto può essere eccessivo, invece quando la parte non abbia abusato della sua posizione di forza contrattuale, ma questo dipende dalle circostanze, così come prevede l'art. 3.10 in base alla natura o lo scopo del contratto. Le clausole che menziona l'art in questione, si ritiene siano, le cosiddette clausole standard, sul cui significato mi sono dilungata nelle pagine precedenti. Un esempio che fornisce il commento al testo, è ravvisato negli accordi che limitano la libertà contrattuale e che possono o non possono essere invalidati a seconda che siano o no accettati dagli operatori economici nei rispettivi settori del commercio. Bonell, op. cit., pag. 129.

gli scambi, in termini, sebbene generici, però più ampi rispetto a quanto ha previsto il nostro codice.

Sulla stessa tendenza sono nati i Principi del Diritto Europeo dei Contratti²⁷⁸, elaborati dalla Commissione allora presieduta da Ole Lando, secondo un progetto destinato a trovare anch'esso applicazione nel commercio internazionale.

L'elaborato in questione, essendo anch'esso una mera elaborazione dottrinale, non ha alcuna rilevanza pratica, ma enuncia principi valevoli universalmente.

Esaminandolo più da vicino, l'elaborato dedica diversi articoli al problema dell'equilibrio contrattuale, prevedendo all'art. 4:109, che sono gravemente iniqui gli accordi, da cui l'altra parte ne ha tratto un vantaggio eccessivo ed ingiustificato, quando la parte svantaggiata era dipendente o aveva una relazione di fiducia con l'altra parte, o si trovava in uno stato di bisogno economico, o di urgente necessità, o era ignorante imprudente, inesperta, o priva di abilità a trattare negli affari, e di ciò l'altra parte ne fosse consapevole²⁷⁹.

I PECL, così detti nella loro forma abbreviata, in questa parte sembrano abbiano somiglianza con le nostre azioni di rescissione e risoluzione, tuttavia non trattano in modo distinto lo stato di pericolo o di bisogno, così come è previsto nel nostro codice agli articoli (1447-1452) e non prevedono la preclusione della lesione "ultra dimidium", ma agiscono secondo termini più ampi. L'articolo 4:109 si

²⁷⁸ "Principles of European Contract Law", il testo è redatto in lingua inglese ed è sorto da un'iniziativa privata, "La Commissione per il diritto europeo dei contratti" è oggi finanziata dalla Comunità Europea. I lavori si sono ispirati ai *Restatements* americani. Secondo le intenzioni dei loro compilatori essi dovranno svolgere le seguenti funzioni: facilitare il commercio internazionale in ambito europeo, costruire una base per i vari provvedimenti diretti all'armonizzazione del diritto europeo, rappresentare un punto di convergenza fra il common law ed il civil law, creare una vera e propria lex marcatoria europea costruendo un primo passo verso la codificazione del diritto europeo.. Secondo il profilo sistematico, i principi rappresentano l'unificazione dei vari diritti nazionali che si strutturano secondo un profilo storico -ideologico comune. Vi sono numerose affinità con i Principi di Unidroit, ma mentre questi coprono tutta la materia del contratto, i principi elaborati dalla Commissione Lando non la riguardano completamente; tralasciando aspetti come: l'interpretazione l'efficacia e la conclusione del contratto che sono ancora oggetto di studio. Zimmermann, *Lineamenti di un diritto europeo dei contratti*, Studim Iuris, 2000, pag. 223 ss

²⁷⁹ Lanzillo, op. cit. ,pag. 256.

riferisce infatti allo stato di dipendenza, dissesto economico, bisogno imprevidenza, ignoranza o incapacità di condurre le trattative di una parte rispetto all'altra. Perché tali circostanze operino come fattori invalidanti occorre che l'altra parte ne fosse a conoscenza o che potesse conoscerli e che ne abbia tratto profitto. L'art 4.109, riprende poi la norma 3.10 del progetto Unidroit, laddove concede alla parte svantaggiata di chiedere al giudice l'invalidità, oppure di correggere il contratto secondo correttezza e buona fede, e quando permette all'altra parte la possibilità di ottenere la modifica del contratto per bloccare la domanda di annullamento. Interessa inoltre citare l'art. 4.110 che riporta il contenuto dell'art. 1469 bis c.c., senza però prevedere un lista di clausole abusive per definizione, stabilendo che una clausola non negoziata, contraria ai principi di correttezza e buona fede, se da luogo ad uno squilibrio eccessivo di diritti e obblighi nascenti dal contratto, può essere privata di effetti, riferendosi a qualunque contrattazione fra privati, senza preclusioni in merito al particolare status soggettivo dei contraenti.

La norma inoltre, adoperando il termine <in contrasto con la buona fede> non dà adito ai dubbi interpretativi generati dall'art. 1469 bis e seguenti, sui quali nelle pagine precedenti abbiamo avuto modo di discutere.

In tema d'interpretazione del contratto, l'art. 6.102 sancisce che, quando le lacune in tema d'interpretazione del contratto non si possono risolvere mediante il ricorso ai criteri o servendosi dei comuni principi (quali quelli relativi al prezzo, alla qualità della prestazione agli usi o alla prassi), il giudice può completarle in modo appropriato, richiamando però l'articolo tra le fonti specifiche per limitare il suo potere, vale a dire, l'intenzione delle parti, il contratto considerato nella sua natura e nello scopo, il principio di buona fede e correttezza.

Le norme in questione delineano anche un'apposita disciplina all'art. 6.111 nel caso di cambiamento di circostanze "*change of circumstance*", o così come definito secondo i Principi di Unidroit "*hardship*".

Le ipotesi previste si avvicinano all'eccessiva onerosità sopravvenuta (art.1467c.c.) previste dal nostro legislatore.

L'art. 6.111 conferisce alle parti la possibilità di modificare il contratto, nel caso in cui, il mutamento delle circostanze si sia verificato dopo la conclusione del contratto, non poteva essere previsto al momento della conclusione, e la parte danneggiata non fosse tenuta ad assumersi il rischio del mutamento.

Il testo prevede che il contraente in primo luogo deve impegnarsi a nuove trattative, al fine di modificare il contratto, regola questa che meglio rispecchia il ruolo fondamentale che assume l'autonomia privata, clausola generalmente accolta nel commercio internazionale.

Nel caso in cui tali trattative rimangano sterili, sarebbe possibile rivolgersi al giudice che potrebbe pronunciarsi per la risoluzione, oppure modificare le clausole, intervenendo direttamente sul contratto, con il limite di lasciarne il contenuto inalterato, ovvero anche prevedere una condanna al risarcimento danni per violazione dell'obbligo di concordare trattative, nel caso in cui la parte in mala fede receda dal contratto²⁸⁰.

Così anche l'articolo 30 del Codice dei Giurprivatisti Europei²⁸¹ indica una vasta serie di situazioni soggettive che, al pari dell'art. 3.10 dei principi di Unidroit e dell' art.4.109 del Codice Lando, nonché dell'azione di rescissione ma con più

²⁸⁰Zimmerman, op. cit. pag. 239 ss.

²⁸¹ L'art. 156 infatti afferma che è rescindibile il contratto con il quale una parte abusando dello stato di bisogno economico, o di pericolo, d'incapacità d'intendere e di volere di inabilità a trattare negli affari, si fa dare o promettere vantaggi o eccessivi o sproporzionati rispetto a quanto ricevuto in cambio. Riprende così i presupposti di cui all'art. 1447-1448c.c., ma con margini di discrezionalità per il giudice molto più ampi. Difatti gli è permesso di stabilire in relazione alle circostanze concrete quale si il livello di sproporzione tollerabile o intollerabile.

ampi margini di azionabilità, danno luogo a comportamenti prevaricatori di una parte a danno dell'altra, rimettendo al giudice la valutazione dell'indice di lesione intollerabile.

Dal complesso delle disposizioni sopra indicate, si comprende come a livello sovranazionale, il problema dello squilibrio contrattuale risulta avvertito, e tutelato da specifiche disposizioni che mirano a proteggere il soggetto che nel rapporto contrattuale, si trova maggiormente esposto all'abuso della parte che è in una situazione di forza.

I progetti rappresentano il punto centrale per un'elaborazione di un diritto sovranazionale dei contratti, e a conferma della tesi dell'unità culturale ideologica dei vari paesi, esso appaiono protesi ad un avvio per un futuro comune fondato su di un comune passato, assumendo allora il compito fondamentale, d'individuare regole di base per l'impugnabilità "in ambito internazionale" dei contratti sperequati.

Emerge dalla loro lettura che l'evoluzione normativa del tema dell'equilibrio e della giustizia contrattuale impiega un sempre maggiore campo di operatività e ampiezza, tanto da rimettere al giudice valutazioni circa il carattere più o meno razionale del prezzo degli operatori economici, evidenziando una tendenza che si tipicizza anche sui modelli di *common law* che mirano a sfuggire da astratte formulazioni in un'ottica che tiene conto dell'esperienza del caso concreto²⁸².

Alla luce dell'indagine condotta fin qui, sembra quindi che la tendenza più recente del diritto dei contratti è quella di ricondurre il profilo dell'equilibrio contrattuale ai canoni di giustizia distributiva secondo un trend che è proteso a controllare i trasferimenti di ricchezza, mirando ad evitare che i più ricchi, per questo

²⁸² Alpa, "Principles of European Contract law" predisposti dalla Commissione Lando, in Riv. crit. di dir. priv., 2000 pag., 497.

contrattualmente più forti, si avvantaggino a danno dei più deboli, anelando a preservare il “divieto di abuso di posizione dominante”.

In tale prospettiva vengono in primis prese in considerazione le discipline codicistiche della rescissione e risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, per constatare come un generale principio di giustizia commutativa e di equilibrio oggettivo dello scambio è assente nella legislazione codicistica.

Dal suo canto, la giurisprudenza, a fronte di un’iniziale disinteresse, ha successivamente considerato il profilo della proporzione fra le prestazioni come un requisito causale dello scambio, che deve essere teleologicamente orientato secondo uno schema rigido.

IN CONCLUSIONE:

alla luce dell’indagine condotta fin qui è possibile affermare che la tendenza più recente del diritto dei contratti è quella di ricondurre il profilo dell’equilibrio contrattuale ai canoni di giustizia distributiva, e non commutativa, secondo una tendenza che è protesa a controllare i trasferimenti di ricchezza, mirando ad evitare che i più ricchi, per questo contrattualmente più forti, si avvantaggino a danno dei più deboli, nell’anelito a preservare il “divieto di abuso di posizione dominante”.

Dopo l’entrata in vigore del Codice del Consumo, e soprattutto tenendo conto della modifica apportata all’art. 1469 bis c.c., secondo la cui vigente previsione, le disposizioni generali del codice civile si applicano ai contratti del consumatore solo ove esse non siano state derogate dal Codice del Consumo e da altre disposizioni più favorevoli, trovano legittimazione principi generali nel sistema della contrattazione fra privati fra un soggetto forte ed uno debole, speciali ma

non eccezionali, che, per taluno, possono nondimeno essere applicati, se non analogicamente, quanto meno estensivamente²⁸³.

La nuova linea interpretativa giurisprudenziale traccia un'evoluzione della protezione del consumatore, come specie della categoria più ampia del contraente debole, assicurandone la tutela anche allorquando il danno alla sua sfera giuridica risulti connesso alla violazione di un interesse pubblico, attraverso un controllo condotto anche sulla congruità del prezzo del bene o del servizio acquistato, in una prospettiva che, però, non dà più conto solo dell'equilibrio normativo- che resta comunque sancito laddove, ad esempio, si tratti di valutare il carattere vessatorio della clausola- ma anche di quello economico, protetto sinora solo nei rapporti fra imprenditori, ma in ragione della debolezza dell'uno rispetto all'altro, (legge n. 192 del 18 giugno 1998- art 9) ed in materia di clausola usuraria.

E ciò avviene, in verità non arrecando effettivo sacrificio al principio della libera contrattazione, che continua a svolgere il suo ruolo cardine, perché la disciplina mira a salvaguardare l'equilibrio prendendo atto del fatto che, in presenza di sperequate condizioni fra le opposte parti, la volontà di quella più debole non si forma effettivamente liberamente, né può incidere realmente sull'assetto negoziale, anche laddove non risulti coartata in situazioni tali da determinare la rescissione.

In questa prospettiva opera il diritto all'equità, che da taluno viene finanche interpretata come regola d'opinione interscambiabile con la buona fede, sebbene coordinato a quello alla trasparenza ed alla correttezza, come valore autonomo e diretto, nonché oggettivo, che ha ricevuto il suggello delle Sezioni Unite della

²⁸³ Delli Priscoli, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 253.

Cassazione, laddove, nella sentenza già citata n. 18218 del 13 settembre 2005²⁸⁴, si è statuito che il giudice può esercitare il potere equitativo di ridurre d'ufficio la penale in ragione della necessità di correggere l'autonomia privata, se ciò serve a riequilibrare le posizioni contrapposte, nel quadro dei principi generali dell'ordinamento e costituzionali.

“*L'équité doit regner dans les conventions*”, come sostenne Pothiers²⁸⁵, ma uscendo dal « foro della coscienza » per entrare nel “foro civile”, non solo nei casi tassativi in cui, come nella rescissione, il limite del giusto prezzo è individuato in astratto per esigenze di certezza dei rapporti giuridici, ma anche laddove vi sia imperfezione del consenso, seppur valido, della parte che contratta perdendo più di quello che guadagna, in posizione di squilibrio.

Aumenta la discrezionalità del giudice, non più astretta da antiche certezze, siccome muta il ruolo assegnato all'autodeterminazione delle parti²⁸⁶, ma la sua analisi non potrà mai essere economica.

Significativo è l'apporto fornito ancora dal Supremo Collegio che, nella sentenza a SS.UU. n. 2207 del 4 febbraio 2005, e su tale solco nelle più recenti pronunce del 13 luglio 2005 n. 14716, 26 agosto 2005 n. 17398 e 27 ottobre stesso anno n. 20923²⁸⁷, senza esprimersi chiaramente sulla sorte del contratto definito “a valle”, ha riconosciuto al consumatore il diritto ad ottenere il risarcimento del danno per violazione della legge *antitrust* del 10 ottobre 1990 n. 287, pari alla differenza tra il prezzo pagato e quello che sarebbe stato stabilito in condizione di concorrenza, sull'assunto, che rappresenta vera e propria enunciazione di principio, che nel

²⁸⁴ v. anche in *Corr. Giur.*, 2005, con nota di Di Maio, *La riduzione della penale ex officio* e in *Cont. Impr./Europa*, con nota di Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*.

²⁸⁵ *Traité des obligations, Tome premier*. Bruxelles, 1835, p.26

²⁸⁶ G. Vettori, “*Autonomia privata e contratto giusto*”, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/2000, p. 21, Galgano, op. cit. *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente*, in *Cont. e impr.*, 1993, 417.

²⁸⁷ Con nota di commento di L. Delli Priscoli, op. cit.

mercato, che rappresenta il bene giuridico tutelato da detta legge, operano non solo gli imprenditori ma anche i consumatori, e ciò partendo dalla lettera dell'art. 33 che non circoscrive la categoria protetta.

La vera novità dell'approdo consiste soprattutto nell'estensione al sistema della contrattazione privata dell'enunciato, che aveva già aperto una nuova frontiera allorché le SS.UU. con la sentenza n. 500 del 1999 in materia di interessi legittimi, e quindi nei rapporti con la pubblica amministrazione²⁸⁸, avevano ammesso alla risarcibilità del danno la violazione non più solo del diritto soggettivo ma di ogni interesse giuridicamente tutelato, non necessariamente annoverabile nella tradizionale categoria ontologica anzidetta, purché sussistano gli estremi soggettivi, della colpa o del dolo, della condotta considerata, il nesso di causalità, e l'evento dannoso.

Ciò in ragione del fatto che il parametro di riferimento essenziale, è il valore costituzionale che si ritiene protetto e che la condotta esaminata viola²⁸⁹.

Venendo al particolare, in verità, la nostra carta fondamentale riconosce i diritti fondamentali della persona, ma non prevede la garanzia della libertà del contratto, né enuncia espressamente la tutela del consumatore fra gli obiettivi primari che meritano presidio e salvaguardia; essa, come si è ampiamente riferito, ha ricevuto consacrazione a livello europeo nell'art. 3 lett. t e nell'art. 135 del Trattato, direttamente operante nell'ordinamento interno, che ha tradotto in regola <la necessità teleologica dei diritti per servire al meglio alcuni bisogni ed interessi> .

Ma i valori costituzionali, espressamente sanciti, come del resto si è riscontrato nel diritto vivente, fungono <da criteri d'interpretazione e concretizzazione>

²⁸⁸ in *Foro it.*, 1999, I, 2487.

²⁸⁹ significativa in tal senso è la sentenza n. 15019 del 15 luglio 2005, in *Guida al diritto*, 2005, n. 42, p. 54, che ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno morale dei nipoti per la morte dei nonni, in ragione del fatto che il danno ingiusto è procurato dalla lesione del diritto inviolabile agli affetti ed alla solidarietà inerente alla famiglia.

della clausola di buona fede, in forma di controllo dell'autonomia privata operante, oltre la sua naturale capacità di valutare il comportamento delle parti nelle vicende del contratto, siano essere relative alla formazione, esecuzione o interpretazione, sulla giustizia delle prestazioni.

In definitiva, l'equilibrio contrattuale risulta valorizzato in una prospettiva sostanzialmente soggettiva.

Nella tradizione giuridica, infatti, il rimedio della rescissione, sebbene presupponga l'esistenza della lesione *ultra dimidium*, tuttavia si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare che la volontà si formi libera ed immune da situazioni, quelle tipicamente considerate, che la possano coartare.

La risoluzione per eccessiva onerosità non assicura il giusto valore di scambio fra le prestazioni, perché interviene solo allorché il loro rapporto non corrisponda all'originaria volontà delle parti.

La normativa in materia di consumo mira espressamente a tutelare l'equilibrio soggettivo, sanzionando il comportamento prevaricatore della parte forte a scapito della parte debole. Equilibrio soggettivo è dunque parità di potere tra le parti nella determinazione del rapporto contrattuale in armonia col principio della libera contrattazione.

Parimenti, il principio di buona fede è stato utilizzato in funzione di canone avente funzione non solo integrativa, ma anche correttiva del contratto, strumentale al riequilibrio contrattuale, in una visione soggettiva coerente con gli interventi operanti in ambito comunitario - art 3.10 dei Principi di Unidroit che definisce "*gross disparity*" il significativo squilibrio originario nell'ambito delle negoziazioni internazionali frutto di comportamento prevaricatore e all'art. 6.21 che definisce "*hardship*" la sproporzione sopravvenuta; in materia di subfornitura,

art. 9 della legge n.192 /1998 citata, sul divieto di patto che produca abuso di dipendenza economica e qualifica in tal senso lo squilibrio; art. 7 del d.lgs. n. 231/2002, che, in caso di ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali, sancisce la nullità di qualsiasi accordo sulla data di pagamento o sulle conseguenze del ritardo, se gravemente iniquo, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale; art. 1469 bis, ora trasfuso nell'art. 33 Codice del Consumo, sulle clausole vessatorie che vengono definite nel senso che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”.

L'esigenza di proporzionalità tra le prestazioni è legislativamente valutata come esigenza di equilibrio corrispondente alla previsione delle parti, e non è lecito fondare una più generale regola che imponga di uniformare le ragioni dello scambio a criteri oggettivi di equivalenza che operano solo nel mercato, ove il prezzo giusto è quello praticato sulla base delle libere contrattazioni.

La libertà è vero che può essere solo formale, come nel caso della contrattazione standardizzata, ma non è per tale ragione un feticcio.

Essa, se non intervengono fonti che restano pur sempre integrative mai sostitutive, come nel caso previsto dall'art. 1474 c.c. in cui le parti, riferendosi al giusto prezzo, intendono applicare il prezzo di mercato o di borsa, ovvero autoritative, come in materia di equo canone nelle locazione per uso abitativo, resta insindacabile, ed un suo eventuale correttivo resta comune intervento eccezionale, come nel caso più volte indicato della riduzione della penale²⁹⁰, in quanto il controllo di giustizia, che il giudice è chiamato a compiere, opera all'interno del contratto, in quanto necessario a superare il vaglio di meritevolezza, al fine di

²⁹⁰ F. Galgano, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contratto. e Impresa.*, 1993, I, pag. 419, Volpe, *La Giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2003, p. 139.

ristabilire, in un'ottica di ragionevolezza, l'equilibrio del regolamento negoziale che rappresenta la manifestazione della volontà dei soggetti contraenti. .

Bibliografia

Abbamonte, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Raccolta di scritti sulla costituzione*, II, Milano, 1958.

Alpa, *Per il recepimento della direttiva comunitaria nei contratti dei consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994.

Alpa *Usura: un problema millenario, questioni attuali*, in *I contratti*, 1996.

Alpa, *La causa e il tipo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno, *I contratti in genere*, a cura di e. Gabrielli, Torino, 1999.

Alpa, "Principles of European Contract law" predisposti dalla Commissione Lando, in *Riv. crit. di dir. priv.*, 2000.

Alpa, *Codice del Consumo Commentario*, Napoli 2005.

Ambrosoli, *La Sopravvenienza contrattuale*, Milano 2002.

Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, *Riv. di dir. civ.*, 1938.

Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, Milano 1966.

Ascarelli, *Negozio misto Negozio indiretto Studi in Tema di Contratti*, Milano, 1952.

Atelli, *Consumo individuale e consumo aggregato; insufficienze del modello legale del consumatore, Tendenze evolutive nella tutela del consumatore*, Napoli, 1998.

Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2003.

Avolio, *L'accesso alla giustizia; quali tendenze di riforma per affrontare la crisi.*

La posizione della Comunità europea, in, *Contratto e .impresa. eu.*, 1997.

Azzaro, *Tutela del consumatore e regolazione di mercato*, in *Giust. civ.*, 2003.

Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1948.

Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. I, Torino, 1950.

Barenghi, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice Civile*, Napoli 1996.

Battelli, *Codice del consumatore. Guida pratica alla nuova normativa*, Milano, 2006.

Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. di proc. civ.*, 1998.

Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1975.

Betti, *La teoria generale del negozio giuridico*, *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino 1960.

Bianca, *Diritto civile*, Vol. III, *Il Contratto*, Milano 2000.

Bianca, *Diritto civile*, Vol. IV, *L'obbligazione*, Milano 1997.

Bianca, *Diritto Civile*, Vol. V, *La Responsabilita'*, Milano 1997.

Biscontini, *Onerosita' corrispettivita e qualificazione dei contratti Il problema della donazione mista a vendita*, Napoli 1984.

Bocchini, *Nozione di Consumatore e modelli economici*, in *Diritto Dei Consumatori e nuove tecnologie*, Torino 2003.

Bocchini, *Squilibrio E Buona Fede Nei Contratti Per Adesione*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino 2003.

Bonell, “*Un Codice*” *Internazionale dei contratti, I Principi di Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano 1995.

Bonfiglio, *La rilevabilità d’ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir.priv.*, 2004.

Boselli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952.

Breccia, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv.critica di diritto privato*, 2001.

Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino 2005.

Camilletti, *Profili del problema dell’equilibrio contrattuale*, Milano 2004.

Cappelletti, *Accesso alla giustizia. Risultati del progetto pilota del Comitato di difesa consumatori promosso dalla Commissione CE*, in *Documento giustizia*, 1996.

Capponi, *L’accesso alla giustizia dei consumatori*, in Capponi, Gasparinetti, Verardi, *La Tutela collettiva del Consumatore*, Batoli, 1995.

Carbone, *la tutela del consumatore: le clausole abusive*, *Corriere giur.*, 1996.

Caringella, *Studi di diritto civile*, II, Milano 2003.

Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1960.

Carpino, *La Rescissione del Contratto, Art.1447-14467, Il Codice Civile Commentario*, diretto da Pietro Schlesinger, Milano 2000.

Carusi, *La causa del negozio giuridico*, Napoli, 1947.

Castronovo, *Principi di diritto europeo nei contratti- Parte II*, Milano 2001.

Catuedella, *Bilateralità corrispettività e onerosità del contratto*, in *Studi Senesi*, 1968.

Cataudella, *La Donazione Mista*, Milano 1970.

Catuedella, *Note a margine della Direttiva comunitaria sulle clausole abusive*, *Riv. Giur. Energia elettrica*, 1994.

Cesaro, *Clausole vessatorie e contratti con i consumatori*, Padova 1996.

Cesaro, *Clausole di Riniegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattattuale*, Napoli 2000.

Costanza, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, *Contratto e Impresa*, 1997.

D'Angelo, *La tipizzazione giurisprudenziale la buona fede contrattuale*, *Contratto e impresa*, 1990.

D'Angelo, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede*, *Contratto e impresa*, 1999.

D'Angelo, "Buonafede e giustizia contrattuale" in *Ambiente Diritto*, n. 2, 2004.'

De Cristofaro, *Giusti motivi d'urgenza: quale tutela cautelare per le clausole abusive?* in *Resp. civ. prev*, 1998.

De Gennaro, *I contratti misti*, Padova 1934.

Delli Priscoli, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*
II 2006.

De Martini, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano 1950.

Demontes, *De la lesion dans les contracts entre mejeurs*, 1925.

De Nova, *il tipo contrattuale*, Padova 1974

De Nova., *le clausole vessatorie*, Milano 1996.

Di Majo, voce, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma.

Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scaloja e
Branca, Bologna- Roma, 1998, sub art. 1175.

Di Marzio, *Forme di nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla
legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in, *Giust.
Civ.*, 2000.

Dolmetta, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizio alla normativa sulle
clausole abusive (direttiva cee n.93/13)*, in *Dir .banc.*, 1994.

Dona, *Codice del consumo, più tutela agli utenti. Ma resta il nodo del via alle
azioni comuni*, in *D&G*. 2005.

Ferri, *La causa e il tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966.

Ferri, *Interessi usurari e criteri di normalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975.

Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir e giur*, n 1/2004.

Fiore, *Illecito penale e illecito civile nella convenzione degli interessi usurari*, in *Dir. e giur*, 1970.

Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti d'integrazione del contratto*, *Contratto e impresa*, 1999.

Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Trattato di diritto civile* a cura di P. Rescigno, Torino 1990.

Galgano, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contratto e Impresa*, 1987.

Galgano, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997.

Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del nuovo millennio*, *Contratto e impresa*, 2000.

Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, II, Padova 2004.

Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione nel mercato*, Milano, 1992.

Gallo, *Buona fede oggettiva e trasformazione del contratto*, *Riv. dir. civ.*, 2002.

Gatt, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina*, *Commentario al capo XIV bis del Codice Civile- contratti del consumatore*, Padova, 1999.

Gatti, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti a prestazione corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963.

Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2000.

- Gentile, *Codice del Consumo ed esprit del geometrie*, in *I Contratti*, 2006.
- Ghestin, *La formation du contract*, Paris, 1993.
- Giampiccolo, *Comodato e mutuo*, in *Trattato dir. Civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1972.
- Gorla, *Del rischio e nel pericolo nelle obbligazioni*, Padova 1934.
- Greco e Cottino, *Della vendita*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, sub.art.1470 1457, Bologna-Roma,1981.
- Inzitari, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979.
- Inzitari, *La moneta*, in *Trattato Dir.civ. e comm*, diretto da Galgano, Padova, 1983.
- Inzitari, *Il mutuo con riguardo al tasso soglia della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo*, in *Banca, Borsa e Tit. Cred.*, 1999.
- Lamicela, *Note critiche in materia di nullità contrattuali*, in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005.
- Lanzillo, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.
- Laurent, *Principi di diritto civile*, XXIV, Napoli, 1885.
- Liserre, *Tutele costituzionali dell'autonomia privata*, Milano, 1971.
- Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970.
- Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nel contratto*, *Contratto e impresa*, 2005.

Masucci, *Disposizioni in materia di usura. La modificazione del codice civile in tema di mutuo ad interesse*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1997.

Mazzamuto, *Il problema della forma nei contratti d'intermediazione bancaria*, in *Contratto e Impresa*, 1994.

Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano 1956.

Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 1997.

Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol.V, Milano 1962.

Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano 1973.

Meruzzi, *Contratto usurario tra nullità e rescissione*, *Contratto e impresa*, 1999.

Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli 1999.

Mirabelli, *La rescissione del contratto*, Napoli 1962 .

Morera, *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso e soglia e usuraio sopravvenuto*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1998.

Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano 1942.

Nanni, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, *Contratto e impresa*, 1986.

Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano 1947.

Oppo, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, Riv. di diritto civile, 1999.

Orestano, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria*., Riv. Crit. di dir. priv., 1992.

Orru', *I contratti in genere, la rescissione del contratto*, nel *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cedon, Torino 2000, VOL X.

Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

Pardolesi, *Clausole abusive, vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in, Riv. dir. priv., 1995.

Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.

Perfetti, *La riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006.

Pierazzi, *La giustizia del contratto*, *Contratto e impresa*, 2005.

Pino, *Il contratto a prestazioni corrispettive, bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova 1963.

Quadri E., *La Rettifica del contratto*, Milano 1973.

Quadri E, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattat di dir civ. diretto da Rescigno*, Torino, 1984.

Quadri R., *Le nullità' protettive*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino 2003.

Riccio, *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, *Contratto e impresa*, 1999.

Riccio, *La clausola di buona fede è dunque un limite all'autonomia privata*, *Contratto e impresa*, 1999.

Riccio, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova 2002.

Rodotà, *Le fonti d'integrazione del contratto*, Milano 2004.

Romagnoli, *Clausole vessatorie nei contratti d'impresa*, Padova 1997.

Roppo, *Il contratto*, Milano 2001.

Rossi Carleo, *Codice del consumo Commentario*, Napoli 2005.

Ruffolo, *Le clausole "vessatorie" "abusive" "inique" e la ricodificazione degli articoli 1469 bis 1469 sexiescc*, Milano 1997.

Salvi, *Accordo gravemente iniquo e riconduzione ad equità* *Contratto e impresa* 1999.

Sacco e De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. di diritto civile*, diretto da Sacco, II, Torino 1993.

Scalfi, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, in *Temì*, Torino 1949.

Scalfi, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano 1960.

Scalisi, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, *Europa e diritto privato*, 2003.

Sconamiglio, *Contratti in generale*, in *Tratt di dir. civ.*, diretto da Grosso Santoro Passarelli, Milano 1997.

Sinesio, *Gli interessi usurari*, Napoli 1999.

Tartaglia, *Onerosità eccessiva*, in *Enc.del dir.*,XXX, Milano1980.

Todaro, *buona fede nuovi sviluppi della cassazione*, *Contratto e impresa*, 2005.

Tommaseo, *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. Dir. XXVIII*; Milano, 1978.

Trabucchi, *Istituzione di diritto civile*, Padova 1999.

Tripodi, *Codice del consumatore. Guida pratica alla nuova normativa*, Milano, 2006.

Troiano, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, art.1469bis, Il codice civile commentario, a cura G. Alpa e S. Patti*, diretto da P. Schlesinger, Milano 2003.

Tullio, *Condizioni generali di contratto e le clausole vessatorie nella contrattualistica dei trasporti*, Milano, 1996.

Uda, *Buona fede nelle clausole abusive, le clausole vessatorie nei contratti del consumatore, art.1469bis, il codice civile commentario a cura G. Alpa e S. Patti* diretto da P. Schlesinger, Milano 2003.

Vardi, *Decreto legislativo del 9 ottobre 2002 n. 231, che ha attuato la direttiva 2000/35 ce, relativo alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Contratto e impresa*, 2006.

Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, *Riv. di dir priv.*1/2000.

Volpe, *I Principi di Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*,
Riv. di dir priv., 1999.

Volpe, *La giustizia contrattuale, tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

Zimmerman, *Lineamenti di un diritto europeo dei contratti*, *Studim Iuris*, 2000.