



unimc

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Dottorato di Ricerca in

DIRITTO PRIVATO E PROCESSO NELLA PROSPETTIVA
COMPARATISTICA
E NELLA DIMENSIONE EUROPEA

CICLO XXXII

IL SINDACATO GIUDIZIALE SULL'EQUILIBRIO
ECONOMICO DEL CONTRATTO

Relatore

Chiar.mo Prof. Ubaldo Perfetti

Dottorando

Dott.ssa Paolo Nasini

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Ubaldo Perfetti

ESAME FINALE ANNO 2020

INDICE

PREMESSA

CAPITOLO I

LIBERTÀ NEGOZIALE ED AUTONOMIA PRIVATA.

1. Aspetti generali.
2. Autonomia contrattuale e potere giurisdizionale.
3. La libertà contrattuale, gli aspetti economici del contratto e i possibili limiti costituzionali o ordinamentali.

CAPITOLO II

L'EQUILIBRIO ECONOMICO NELLA DOGMATICA

CLASSICA

1. Inquadramento.
2. L'impostazione negatoria tradizionale. Le fattispecie codicistiche rilevanti.
3. Le fattispecie extracodicistiche.

CAPITOLO III

I CONTRATTI DEL CONSUMATORE E IL TERZO CONTRATTO.

1. I Contratti del consumatore.

2. Il Terzo contratto.

CAPITOLO IV

L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI CAUSA DEL CONTRATTO E I POTERE DI INTERVENTO DEL GIUDICE.

1. In via generale.

2. Causa in astratto e causa in concreto.

3. Il problema della meritevolezza.

4. La causa di solidarietà.

5. Causa concreta e nuove tecnologie: cenni.

CAPITOLO V

IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA E LE SUE PLURIME APPLICAZIONI.

1. In via generale.
2. La Buona fede come strumento integrativo del contratto
3. La Buona fede come “limite”.
4. La Buona fede come strumento modificativo o manipolativo del contratto.

CAPITOLO VI

I CRITERI DI INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO.

1. Aspetti generali.
2. L'orientamento tradizionale.
3. L'evoluzione giurisprudenziale e il nuovo ruolo dell'art. 1366 c.c. e dell'art. 1369 c.c.

CAPITOLO VII

LE PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI RILEVANTI AI FINI DEL PROCESSO DI TRANSIZIONE IN ATTO.

1. Premessa.
2. Le Sezioni Unite 13 settembre 2005, n. 18128.

3. La sentenza della Corte di Cassazione n. 20106 del 2009.
4. Le pronunce della Corte Costituzionale 2 aprile 2014 n. 77 e 21 ottobre 2013, n. 248.
5. Le pronunce della Corte di Cassazione in materia di clausole “claims made”.
6. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile, 09 ottobre 2017, n. 23601 in materia di locazione.
7. La giurisprudenza in materia di prodotti finanziari.

CAPITOLO VIII

ELEMENTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE E COMPARATO.

1. Aspetti di diritto internazionale;
2. Elementi di diritto comparato.

CAPITOLO IX

PER UN APPROCCIO “PLURIMO” AL PROBLEMA DELL’EQUILIBRIO CONTRATTUALE. POSSIBILE SISTEMATIZZAZIONE DEL POTERE DI SINDACATO GIUDIZIALE.

1. Premessa.
2. L'equilibrio contrattuale e l'asimmetria.
3. Il compito e i poteri del giudice, in un'ottica sincretica.

PREMESSA

Il contratto, quale negozio giuridico, espressione di autonomia privata, è l'atto di una volontà, indirizzata e autorizzata a perseguire un suo scopo¹ che l'ordinamento reputa meritevole di tutela².

In particolare, ai sensi dell'art. 1321 c.c., <<il contratto è l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale>>.

Attraverso il contratto le persone (fisiche o giuridiche che siano), concordemente, incidono reciprocamente sulla propria sfera giuridica per la soddisfazione di interessi anche non patrimoniali, ma producendo, volutamente, effetti giuridici o prestabiliti o comunque ammessi dall'ordinamento.

La materia contrattuale, per come disciplinata dal codice civile, nasce ispirata al dogma della volontà, manifestazione del pensiero liberistico in economica, ancorchè limitato, da un lato, dalla necessità di garantire la certezza dei traffici giuridici, e dall'altro lato, dall'opportunità di tutelare interessi ritenuti "superiori" perché di rilevanza collettiva (o meglio, per l'epoca, corporativistica).

D'altronde, l'approccio alla materia contrattuale e, più in generale, negoziale è profondamente mutato nel corso del tempo, per l'affermarsi di principi diversi e in vario modo limitativi o, comunque, conformativi della libertà e autonomia negoziale con particolare riferimento al

¹ Sul negozio giuridico si vedano: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, 1960; *Negozio giuridico*, Noviss. Dig. It., XI, Torino, Utet, 1965, 208 ss; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1961; A. CANDIAN, *Intorno alla teoria del negozio giuridico*, Temi, 1947, p. 92 ss; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, s. d.; *Definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto o di una facoltà o di un potere*, Riv. dir. civ., 1961, I, p. 321 ss; M. FERRANTE, *Negozio giuridico*. Concetto, Milano, Giuffrè, 1949; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1950; *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, Cacucci, 1962; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1958.

² F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine di diritto civile*, Jovene, 2002, 125;

principio di buona fede e correttezza, quale declinazione del principio di solidarietà ex art. 2 Cost..

Proprio l'evoluzione di questa tendenza, rende attuale l'interesse per la speculazione oggetto del presente lavoro: verificare se, sulla scorta di quali istituti, e in quale modo e misura, il Giudice possa esercitare un sindacato sull'equilibrio economico del contratto e con quali strumenti rimediali, in particolar modo con riguardo al c.d. "equilibrio originario" del contratto.

Al riguardo, il presente lavoro "parte" da una considerazione, per così dire, "di base", ovvero che la c.d. libertà o autonomia negoziale³, in materia contrattuale, incontra un limite di natura ontologica: l'incontro tra le volontà comporta necessariamente che queste ultime non siano pienamente libere nel senso che ciascuna singola parte non può massimizzare il proprio interesse se non nei limiti in cui ciò corrisponda alla massimizzazione degli interessi dell'altro contraente.

Nel caso di contratti onerosi a prestazioni corrispettive o sinallagmatici questo aspetto comporta necessariamente che la libertà negoziale di ciascun contraente sia garantita nella misura in cui rispetta la possibilità per entrambe le parti di massimizzare il proprio interesse influenzando necessariamente, quindi, sulla portata di quello altrui, limitandolo.

Un problema di limiti e controlimiti dettato dalla presenza di interessi differenti, peraltro, può ben prospettarsi anche nell'ambito dei contratti gratuiti e con causa di liberalità.

La dinamica dell'espressione della libertà negoziale, infatti, è evidentemente complessa perché necessita di distinguere tra contratti onerosi e gratuiti, all'interno dei contratti onerosi tra quelli a prestazioni corrispettive e quelli con comunanza di scopo, all'interno di quelli non

³ Intesa quale *autòs e nòmos*, significa letteralmente "dar legge a sé stessi", e quindi, potere riconosciuto ai soggetti di disporre della propria sfera giuridica personale e patrimoniale e di autoregolamentare i rispettivi comportamenti per il perseguimento di finalità di natura patrimoniali e non patrimoniali

onerosi tra gratuiti in senso proprio e contratti stipulati con spirito di liberalità.

Seppure in misura certamente diversa, il limite ontologico interno dell' "altrui interesse" fa comprendere come, al netto di tutti gli altri limiti "esterni", frapposti, cioè dall'ordinamento giuridico, di cui si avrà modo di discorrere, quando si affronta il tema del sindacato giudiziale sull'equilibrio economico del contratto, che intercetta necessariamente il principio di libertà e autonomia privata, non sono ammessi approcci "assolutistici".

Per questo stesso motivo, quindi, il problema della salvaguardia dell'autonomia privata non può porsi come dato su cui far perno, dando per scontato che la sua integrità sia un valore tanto assoluto da impedire o restringere indebitamente all'ordinamento, e per esso all'Autorità Giudiziaria, un sindacato sulla congruità delle ragioni di scambio, questo essendo il traguardo di una ricerca che nel dato positivo deve trovare una conferma e non un punto di partenza.⁴

Non solo, ma i confini di un principio come quello dell'autonomia privata inevitabilmente risentono del momento storico e dell'evoluzione concettuale degli istituti dell'ordinamento, così come emergenti dalla normativa sopravvenuta, nonché dalla interpretazione e applicazione di coloro che sono chiamati a decidere la patologia del rapporto contrattuale, ovvero i Giudici.

In particolare, quando il rapporto contrattuale entra nella sua "fase patologica" (ovvero la non attuazione o non corretta attuazione del programma contrattuale) il principio dell'autonomia e libertà negoziale/contrattuale viene a confrontarsi con il potere di accertamento e decisionale dell'Autorità Giudiziaria il cui non semplice compito è quello di comprendere e valutare i contenuti dell'espressione di tale libertà, la mancanza di vizi o difetti della volontà rilevanti, secondo

⁴ U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Giuffrè, Milano, 2005, 24 nota 15.

l'ordinamento, ai fini della caducazione e/o eventuale emenda del contratto, la rispondenza di tali contenuti ad interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento e, quindi, anche la non contrarietà degli stessi ai precetti e principi emergenti dall'ordinamento, ed infine la comprensione e valutazione dei comportamenti tenuti dalle parti prima, durante e dopo la stipula del contratto.

Tutto ciò al fine di dare risposta a esigenze di tutela normalmente contrapposte per le ragioni sopra dette.

La disciplina del contratto, in ogni sua fase, dalla formazione all'esecuzione, appare oggi caratterizzata dalla presenza pregnante e significativa della giurisdizione, in funzione della verifica e del controllo della giustizia/equità dell'assetto dei rapporti negoziali tra le parti, e perciò di garanzia dei diritti fondamentali della persona.⁵

Nello specifico, poiché si tratta di "rapporti giuridici economici" e nei contratti onerosi l'interesse economico è reciproco, inevitabilmente si pone il problema del se e in che misura il Giudice possa sindacare l'equilibrio economico "*ab origine*" dell'operazione negoziale, con ciò considerando non solo e non tanto il mero problema della proporzione tra le prestazioni "qualificanti" il contratto dalle parti stipulato, quanto piuttosto l'equilibrio complessivo dell'operazione contrattuale, fermo restando che, come si dirà, discettare della distinzione tra c.d. equilibrio economico e c.d. equilibrio normativo, al di là di specifiche previsioni di legge che richiamano formalmente tale distinzione, non pare del tutto corretto e funzionale, posto che, normalmente, se non sempre, ad una sproporzione di diritti ed obblighi corrisponde quale riflesso, una sproporzione economica complessiva dell'operazione negoziale.

Premesso che non si contesta il fatto che, come aveva modo di scrivere, nella motivazione di una sentenza del 1865, il giudice inglese sir George Jessel, "se vi è una cosa che l'interesse pubblico richiede più di

⁵ G. CANZIO, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *jus civile*, 2018, 3, 383 e ss.

ogni altra, essa è che gli uomini maturi e consapevoli devono avere la massima libertà di contrattare, e che i loro contratti devono essere fatti rispettare dai tribunali”⁶, ma poiché questa libertà di contrattare in tanto è tutelabile in quanto consenta ad entrambi i contraenti di massimizzare il proprio interesse (economico e non economico) bilanciato con quello dell’altro, la difficile operazione demandata alla valutazione del Giudice è quella di comprendere quando tale bilanciamento presenti o meno degli elementi di ingiustificata sproporzione e conseguentemente determini una violazione della libertà contrattuale medesima, individuando le relative conseguenze, e i rimedi.

Come si avrà modo di esaminare nel prosieguo, poi, viene da alcuni sottolineato come sia in atto un fenomeno di transizione dalla tutela *tout court* dell’autonomia e della libertà negoziale dei privati, sia pure mediata dalla “fattispecie democratica”, al penetrante controllo giudiziale delle clausole e dei contenuti del contratto. E ciò in virtù della *inventio*, da parte della giurisprudenza, di una serie di operazioni rimediali di fronte alle pretese iniquità o asimmetrie, nascenti da posizioni di privilegio o di preminenza, ovvero dal preteso approfittamento della posizione debole della controparte. Al giudice viene richiesto, mediante la domanda della parte più vulnerabile, a cui non può replicare con un *non liquet*, di riportare ordine, ridurre a equità e a un più sapiente equilibrio le situazioni inique/ingiuste che si annidano nelle clausole del contratto. Anche l’impresa più debole sul mercato si rivolge al giudice, denunciando pretese asimmetrie e

⁶ L’affermazione muoveva dall’idea di fondo secondo cui - come si esprimeva, quasi in contemporanea (1880), il filosofo francese ALFRED FOUILLÉE - “*qui dit contractuel, dit juste*”: ciò sul presupposto che la giustizia del rapporto contrattuale fosse assiomaticamente assicurata già solo per il fatto che esso è frutto della libera volontà di contraenti che, spontaneamente e consapevolmente, ne determinano il contenuto, ritenendolo conforme ai propri interessi, di cui essi stessi sono, per definizione, i migliori giudici: si veda per tale riferimento, C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *I Contratti*, 6/2017, 625.

chiedendo di verificare se esse siano frutto della posizione privilegiata o dominante della controparte.⁷

Sarà, dunque, compito dell'interprete nel presente lavoro comprendere, altresì, come e fino a che punto può penetrare il sindacato del Giudice e se ciò sia possibile anche laddove non sia riscontrabile un'ipotesi di debolezza o asimmetria contrattuale rilevante.

Non si userà, volutamente il concetto di "ingiustizia" perché si ritiene che tale locuzione rimandi a categorie anche etiche che a ben vedere non hanno alcuna attinenza con la fattispecie in esame.

⁷ G. CANZIO, *op. cit.*, 384, il quale sottolinea che <<per rispondere alla domanda di giustizia il giudice deve, a sua volta, costruire, talora mediando con le incerte e ambigue prescrizioni della legge, la soluzione adeguata al caso concreto sottoposto al suo esame, utilizzando gli strumenti della auto-integrazione o della etero-integrazione del regolamento degli interessi delle parti: dalla nullità o inefficacia di protezione alla repressione dell'abuso di posizione o al risarcimento dei danni, ovvero alla correzione/integrazione delle clausole negoziali>>.

CAPITOLO I

LIBERTÀ NEGOZIALE ED AUTONOMIA PRIVATA.

SOMMARIO: 1. Aspetti generali. 2. Autonomia contrattuale e potere giurisdizionale. 3. La libertà contrattuale, gli aspetti economici del contratto e i possibili limiti costituzionali o ordinamentali.

1. Aspetti generali.

Per lungo tempo⁸, e fino all'introduzione del codice civile del 1942⁹, il principio di autonomia contrattuale è stato concepito in termini di "quasi assolutezza", come ipostasi del generale principio di "libertè" del cittadino.

L'art. 1322 c.c. prevede, al primo comma, che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto, ossia le clausole che regolano il rapporto, mantenendosi nei limiti imposti dalla legge. L'assetto concreto dell'accordo deriva dal risultato delle trattative, dalla maggiore o minore abilità o potere contrattuale delle parti, dal loro interesse alla realizzazione dell'affare.¹⁰

La libertà contrattuale delle parti, peraltro, non si arresta alla possibilità di fissare le specifiche condizioni del contratto da loro concluso, ma

⁸ Per una interessante ricostruzione storica si legga G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto, riflessioni di uno storico del diritto*, in F. Macario, & M. Miletta (a cura di), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, 2017, 151-168.

⁹ Fondamentale, in materia, è E. BETTI, *L'autonomia privata e il suo riconoscimento giuridico*, in *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1955. Si vedano, poi, in punto autonomia contrattuale, F. GALGANO, *Il diritto civile in 27 lezioni*, Milano, 2007, 159 e ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2014; E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, 123 e ss.

¹⁰ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, 533.

comprende, altresì, la capacità di concludere contratti “nuovi” nel senso che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, ma sono funzionali al compimento di operazioni economiche strumentali rispetto a particolari interessi delle parti.¹¹

D'altronde, l'esercizio da parte dei privati di un potere di autonormazione mediante lo strumento del contratto è elemento comune agli ordinamenti degli Stati moderni la cui economia si basa sulla libera iniziativa economica e sul libero mercato.¹²

Si tratta, cioè, dello strumento mediante il quale è possibile regolare l'incontro tra domanda e offerta sul mercato: è, quindi, una forma di “autonomia” in senso proprio, perché le parti del contratto, “democraticamente”¹³ si dettano regole reciproche che li vincolano quali fossero norme di legge, come ben esplicitato dall'art. 1372 c.c., e ciò in quanto e solo nei confronti di chi ha partecipato all'accordo esprimendo il proprio consenso alla costituzione, regolazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale.

Valorizzare il principio di “libertà o autonomia negoziale”, come principio fondante la materia contrattuale, significa, sotto il profilo ideologico, affermare che, in linea di principio, i limiti che l'ordinamento può imporre alla volontà dei contraenti sono da

¹¹ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 535. Attraverso lo strumento contrattuale le parti possono, salve le restrizioni previste dall'ordinamento, ad es., decidere se, quando, come, con chi e a quali condizioni, accordarsi per il perseguimento dei propri interessi.

¹² Sul concetto di autonomia privata si vedano anche L. FERRI, “*L'autonomia privata*”, 1959; G. PASETTI, “*Parità di trattamento ed autonomia privata*”, 1970; E. NAVARETTA, “*Il contratto in generale, in il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*”, IV, Milano, p. 13 e ss.; M. SEGNI, “*Autonomia privata e valutazione legale tipica*”, 1972; G. GRISI, “*L'autonomia privata*”: “*Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*”, Roma, 1999; L. NIVARRA, V. RICCIUTO, C. SCOGNAMIGLIO, “*Diritto privato*”, 2013, 253 e ss.

¹³ Si veda H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, trad. it. R. TREVES, Torino, 1952, 134: secondo il filosofo il contratto è un “metodo espressamente democratico di produzione giuridica”, poiché i soggetti obbligati partecipano alla produzione della norma obbligatoria.

considerarsi come “eccezionali” e giustificati dalla sussistenza di ulteriori valori o principi ritenuti prevalenti sul quello qui in esame.

Se vogliamo, è l’annoso conflitto tra le concezioni “naturalistica” e “artificiale” dell’autonomia privata¹⁴, in ordine alle quali, come è stato efficacemente sottolineato, non è possibile un tentativo di “mediazione” tra un’idea di “capacità originaria” e una “facoltà derivata”¹⁵.

In questo senso, quindi, è logico che la disciplina contrattuale civilistica consti, per lo più, di norme dispositive, cioè derogabili dalle parti, aventi, in alcuni casi, funzione di supplenza, ogni qual volta un determinato aspetto del regolamento contrattuale non sia stato determinato specificamente dal loro accordo.

L’ordinamento in materia contrattuale interviene con norme inderogabili solo in quei casi nei quali vengono in gioco interessi generali e principi fondamentali che la legge non consente ai privati di mettere in discussione, anche, ad es., vietando del tutto alcune tipologie di patti.¹⁶

¹⁴ Si veda al riguardo, N. IRTI, *Per una concezione normativa dell’autonomia privata*, in *jus civile*, 2018, 377. La prima posizione che si rifà agli insegnamenti di J. LOCKE, *Trattati sul governo*, par. 14, secondo il quale l’autonomia privata è qualcosa che esiste prima e a prescindere dall’esistenza di una legge che la regoli, perché attiene alla libertà dei singoli di porre in essere atti di impegno reciproci; la seconda, invece, di matrice “hobbesiana” (si veda T. HOBBS, *Leviatano*, XV, trad. it., Firenze, 1987, 139, postula l’autonomia privata come condizione dipendente dal potere coercitivo dello Stato. In questo senso, si legga E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, pag. 5 estr., secondo il quale l’autonomia privata, riconosciuta nell’ordine giuridico, è chiamata <<solo a porre in essere l’ipotesi di fatto di norme esistenti, dando vita e sviluppo, fra gli interessati, a rapporti di quel tipo che esse norme prevedono e dispongono>>.

¹⁵ N. IRTI, *op. cit.*, 378.

¹⁶ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 2015, 9-10: si pensi, ad esempio, all’ipotesi del patto commissorio, quale deroga vietata al principio sancito dall’art. 2740 c.c.: come ricorda l’autrice, sotto il profilo del rapporto dialettico tra libertà contrattuale e potere legislativo, il problema dei limiti dell’autonomia negoziale si riscontra analizzando in primo luogo, e soprattutto, il tema della causa del contratto, in punto esistenza e liceità della stessa; in secondo luogo, le singole pattuizioni e clausole contrattuali, in sé considerate (ad esempio con riferimento all’ipotesi di cui all’art. 1229 c.c., o alle clausole vessatorie nell’ambito dei contratti con i consumatori) ovvero analizzando complessivamente l’effetto che le stesse producono se considerate all’interno del regolamento contrattuale. Due settori nei quali si è avvertita da parte del legislatore la necessità di limitare la libertà contrattuale in varia misura sono certamente quello dei contratti di lavoro e quello dei

Tornando, quindi, alle modalità con cui l'autonomia contrattuale esplica sé stessa, è ovvio che l'aspetto più rilevante è dato dalla possibilità per i contraenti di dare vita a "tipi contrattuali" diversi rispetto a quelli normativamente previsti, ponendo in essere operazioni economiche e negoziali complesse.

Rinviando al prosieguo l'esame dei profili rilevanti in ordine alla causa del contratto, la caratteristica propria dell'autonomia privata in ambito negoziale, come detto, è quella di consentire alle parti di modellare l'operazione economica sotto il profilo degli effetti giuridici, in modo da consentire il perseguimento di uno specifico scopo, sintesi degli interessi individuali di cui i contraenti sono portatori.

Qualora la regolamentazione prevista dai contraenti non sia sussumibile in tutto o in parte nella disciplina normativa prevista dal legislatore con riferimento a determinate tipologie contrattuali, significa che i contraenti hanno dato luogo ad un negozio avente caratteristiche "atipiche".

In considerazione del fatto che si tratta di contratti non già previsti e disciplinati dal legislatore, i contratti atipici in tanto sono ammissibili in quanto <<diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico>>, ai sensi dell'art. 1322 c.c.

In via di prima approssimazione, con tale concetto si intende che le finalità e gli effetti del negozio atipico non devono essere in contrasto con gli interessi generali tutelati da norme inderogabili, con principi politici, economici e sociali fondanti l'organizzazione dello Stato, nonché con i valori etico-sociali condivisi da quella comunità (c.d. buon costume).¹⁷

Peraltro, occorre sottolineare come ai contraenti sia attribuito sì il potere di definire il contenuto e, quindi, gli effetti dell'operazione economico-giuridica che intendono realizzare, ma resta di stretta

contratti con i consumatori, prevedendo, non a caso, o norme del tutto inderogabili o derogabili solo se maggiormente favorevoli per il lavoratore o il consumatore.

¹⁷ R. ALESSI, *op. cit.*, 18.

competenza dell’Autorità Giudiziaria il potere c.d. qualificatorio del negozio così concepito.¹⁸

Ovviamente, tanto più complesso e ampio sarà il potere qualificatorio del Giudice, quanto meno la fattispecie sia univocamente ricollegabile ad una tipologia normativamente determinata di contratto, presentando plurimi elementi di atipicità o trattandosi di contratti c.d. “misti”.¹⁹

A ciò si aggiunge anche la possibilità per le parti di stabilire procedimenti atipici di formazione del contratto, come nel caso dei contratti normativi.

2. Autonomia contrattuale e potere giurisdizionale.

Autonomia contrattuale e giurisdizione è un palindromo, potendosi indagare il relativo rapporto interrogandosi sul se ed entro quali limiti sia consentito al giudice di sindacare l’esercizio del potere normativo che la legge attribuisce alle parti; ovvero, adottando una prospettiva, per così dire, rovesciata, interrogandosi sul se ed entro quali limiti le parti, con l’accordo che raggiungono, possono incidere sull’esercizio dell’attività di giurisdizione.²⁰

La previsione di interventi giudiziali modificativi e/o integrativi del regolamento contrattuale sono stati da sempre previsti dal legislatore, ancorchè, originariamente, in misura limitata ed eccezionale, pressoché a presidio della stessa (come nel caso delle incapacità negoziali previste

¹⁸ Ad es., Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2019, n. 12875, in Giust. civ. mass., 2019, ha precisato che <<il giudice d'appello può qualificare il rapporto dedotto in giudizio in modo diverso rispetto a quanto prospettato dalle parti o ritenuto dal giudice di primo grado, purché non introduca nel tema controverso nuovi elementi di fatto, lasci inalterati il "*petitum*" e la "*causa petendi*" ed eserciti tale potere-dovere nell'ambito delle questioni, riproposte con il gravame, rispetto alle quali la qualificazione giuridica costituisca la necessaria premessa logico-giuridica, dovendo, altrimenti, tale questione preliminare formare oggetto di esplicita impugnazione ad opera della parte che risulti, rispetto ad essa, soccombente>>.

¹⁹ Si pensi ad es., al problema risolto da Cass. civ. sez. un., 12 maggio 2008, n.11656, in Resp. Civ. Prev. 2008, 10, 2139.

²⁰ M. CONFORTINI, *Autonomia privata e giurisdizione*, in juscivile, 2018, 3

per minori ed infermi di mente; delle tutele previste per le ipotesi di vizi del consenso; ecc.); successivamente, l'intervento del giudice è stato autorizzato dal legislatore, da un lato, in modo più pervasivo, dall'altro comunque settoriale, in favore di talune categorie di contraenti ritenute bisognose di particolare protezione (i lavoratori dipendenti, i conduttori di immobili urbani, i coltivatori di fondi rustici, i consumatori, gli imprenditori in stato di dipendenza economica, gli acquirenti di immobili da costruire, ecc.); ovvero a tutela di altri valori ritenuti socialmente meritevoli (i diritti della persona, la concorrenza, il mercato, il paesaggio, ecc.)²¹.

Il sistema, in questo senso, garantisce un certo grado di prevedibilità del sindacato del giudice, in modo da consentire alle parti di poter adeguatamente orientare le proprie scelte negoziali.

D'altronde, come efficacemente ricordato²², verso la fine del secolo scorso i giuristi italiani, sia teorici che pratici, hanno progressivamente cominciato a percepire che il proliferare delle fonti del diritto privato (non più solo il codice civile, ma anche la Costituzione, la legislazione di settore, la normativa comunitaria, ecc.) aveva segnato una sorta di distacco dalla tecnica normativa propria della tradizione codicistica. Infatti, a fronte di una tradizione tecnica normativa imperniata sulla descrizione, ad opera del legislatore, di una "fattispecie" - cioè, di un "fatto" astratto - al cui verificarsi viene ricollegato un determinato effetto giuridico con conseguente mero giudizio c.d. sussuntorio del giudice, con l'entrata in vigore della Carta Costituzionale tale tecnica normativa è mutata: il testo di legge, infatti, si articola nell'enunciazione di "principi" (cioè, di regole prive di "fattispecie") o di "valori nessuno dei quali è "assoluto", ma che debbono trovare un

²¹ C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *I Contratti* 6/2017, 625.

²² C. GRANELLI, *La giurisprudenza fonte*, in *juscivile*, 2016, 406 ss., nonché C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *I Contratti* 6/2017, 625.

necessario contemperamento con altri e diversi “principi” e “valori”, pur essi dotati di rilevanza costituzionale.

Il giudizio di bilanciamento, implicando un elevato margine di soggettività valutativa, finisce con l’incidere negativamente sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali.²³

Si pensi, ad. es., al rinnovato riferimento alle c.d. “clausole generali” (buona fede, correttezza, meritevolezza, ecc.), che, se prima erano viste con “sospetto”, per l’applicazione che di esse era stata fatta all’epoca in cui il codice è stato elaborato²⁴, proprio il collegamento con la Carta costituzionale ha consentito uno sviluppo più che proporzionale del loro utilizzo da parte della giurisprudenza²⁵.

Poiché anche in materia giuridica vale il principio fisico per cui ad ogni azione corrisponde una reazione uguale e contraria²⁶, a fronte della tendenza del potere giudiziario di ampliare lo spettro del sindacato sul contratto, con effetti integrativi e modificativi, con conseguente maggiore imprevedibilità delle decisioni giudiziali, sta il tentativo delle parti o quantomeno di una di esse di limitare se non addirittura escludere (quantomeno in prima battuta) tale potere di intervento eteronomo.²⁷

Come accennato, l’esigenza di limitazione dell’intervento giurisdizionale, è da sempre associata alla ritenuta necessità di poter prevedere anticipatamente ciò che il giudice potrà decidere come se il

²³ Tanto che vi è chi ha detto che <<di fronte a “clausole generali”, “principi”, “valori”, “il senso della legge è quello che i giudici stabiliscono>>, A. GENTILI, *Un nuovo paradigma nel diritto dei contratti? L’uso alternativo della buona fede e dell’abuso del diritto*, in C. PERLINGIERI - L. RUGGERI (a cura di), *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, 78.

²⁴ Ci si riferisce ad es. al collegamento dell’art. 1175 c.c. “ai principi della solidarietà corporativa”.

²⁵ In questo senso, come si vedrà nel prosieguo, l’evoluzione applicativa del principio di ‘buona fede oggettiva’ quale specificazione degli ‘inderogabili doveri di solidarietà sociale’ imposti dall’art. 2 Cost.

²⁶ Terzo principio della meccanica, I. NEWTON, *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*.

²⁷ In questo senso, M. CONFORTINI, *op. cit.*, 417.

giudizio sillogistico potesse e dovesse essere sempre pronosticabile e come tale anche prevenibile.²⁸

Atte, astrattamente, a garantire questa esigenza e a limitare il potere giudiziario, sono tutte quelle ipotesi di clausole negoziali mediante le quali le parti tentano di “indirizzare” univocamente l’attività giudiziaria, come la clausola risolutiva espressa, la clausola penale, la caparra confirmatoria, le c.d. clausole di completezza²⁹, le clausole limitative della responsabilità, le c.d. clausole interpretative³⁰, le clausole sulla legge³¹ o comunque sulle norme applicabili³², le c.d. clausole di irresolubilità e “*sole remedy of indemnification*”.³³

Pari finalità, poi, perseguono le parti spesso quando nel testo contrattuale inseriscono quanti più elementi di fatto per contestualizzare e rendere maggiormente certi i confini dello specifico rapporto contrattuale.

Sotto altro profilo, il rapporto tra libertà contrattuale e sindacato del giudice richiama lo “scontro” tra l’indirizzo, per così dire, “giuspositivistico” secondo il quale il giudice dovrebbe “attenersi” all’applicazione delle specifiche e particolari norme di legge nei quali i fatti di causa vengono ad essere sussumibili; e quello sostenuto da chi, per garantire l’adattamento dell’ordinamento alle modifiche della

²⁸ Per vero, l’esigenza di prevedibilità delle decisioni giudiziarie è tema di estrema attualità e che coinvolge tutti i settori della giurisdizione in considerazione dei problemi legati all’utilizzo anche a fini processuali delle nuove tecnologie. Trattasi di problematica estremamente affascinante, ma troppo vasta e complessa per essere trattata in questa sede, laddove comunque nel prosieguo si farà adeguato cenno alle problematiche che istituti come gli *smart contracts* o le *blockchains* possono riverberare sulla dogmatica del contratto, con particolare riguardo al requisito della causa.

²⁹ Quelle cioè che stabiliscono l’irrelevanza di fatti o atti anteriori o successivi al contratto.

³⁰ Con le quali, ad es., le parti stabiliscono il significato di determinate parole o concetti contenuti nel contratto, come capita in caso di contratto di assicurazione.

³¹ Come nel caso di applicazione di leggi di altri ordinamenti, diffuso ad es., in materia di trust (si pensi ai casi di c.d. rimando alla legge del Jersey)

³² Come quando le parti nell’ambito di una vendita danno conto di volere l’applicazione di quelle sull’appalto.

³³ Cioè quelle clausole che in caso di inadempimento escludono l’azione di risoluzione e consentono esclusivamente la liquidazione di un indennizzo in favore della parte.

società civile, valorizza l'utilizzo diretto da parte del Giudice di principi costituzionali e di principi ritenuti emergenti dall'ordinamento nel suo complesso, dando ad essi concretezza di regola del caso concreto.³⁴

Certamente, un approccio di così ampio respiro da parte dell'Autorità giudiziaria, impone che, per garantire la certezza del diritto e un certo grado di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, gli organi di ultimo grado (in particolare l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, e le Sezioni Riunite della Corte dei Conti) nonché la stessa Corte Costituzionale, pur non rinunciando all'esigenza di adeguamento dell'ordinamento al mutare della realtà sociale, politica ed economica, procedano a rendere effettiva, per quanto possibile, la nomofilachia.

Detto ciò, d'altronde, come è stato efficacemente sottolineato, se è vero che il giudice non è un osservatore o descrittore della realtà, ma un decisore, e, dunque, si trova nella necessità logica di scegliere una norma, o sistema di norme, e di escludere gli altri, dall'altro lato, non c'è un'autonomia originaria e naturale, che il diritto manipoli e lavori, ma soltanto l'autonomia definita dalla legge in un dato momento storico, ovvero un'autonomia normativa, storica della stessa mutevole storicità delle norme che, di tempo in tempo, la definiscono e determinano. L'autonomia privata designa soltanto una classe tipica di fattispecie, prevista da norme, che dispongono gli effetti secondo il contenuto deciso dalle parti.³⁵

In questo senso, l'ampliamento dei poteri di sindacato da parte del giudice non solo in senso integrativo, ma anche "oppositivo" rispetto

³⁴ Si veda sull'argomento, P. GROSSI, *l'invenzione del diritto*, Bari, 2017; e sempre P. GROSSI, *ritorno al diritto*, 2015. Peraltro, come si vedrà, la stessa Corte Costituzionale ha avuto modo di fare applicazione diretta di norme costituzionali nella materia contrattuale.

³⁵ N. IRTI, *op. cit.*, 379.

alla volontà delle parti³⁶, è, sia pure entro i limiti che si analizzeranno, condivisibile e giustificato.

In questo senso, la Corte di Cassazione di recente ha avuto modo di affermare che deve ritenersi assurto a “diritto vivente” il principio secondo il quale il giudice può <<intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l’equo contemperamento degli interessi delle parti>>.³⁷

3. La libertà contrattuale, gli aspetti economici del contratto e i possibili limiti costituzionali o ordinamentali.

In via tendenziale e di principio, salvi tassativi casi previsti dalla legge, l’ordinamento lascia alle parti la libertà di determinarsi sui prezzi e, in genere, sugli aspetti squisitamente economici degli scambi.

Questo perché primo elemento essenziale del contratto, ai sensi dell’art. 1321 c.c., è il “libero consenso”, la volontà oggettivata delle parti per come manifestata in modo concorde, espresso o tacito, al momento della stipulazione del contratto³⁸, al fine di raggiungere un determinato risultato.

³⁶ C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *I contratti*, 6/2017, 625 e ss.

³⁷ Cass. civ., S.U., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 3, 852 con nota di S. VERNIZZI; già in precedenza, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Danno e resp.*, 2010, n. 4, 350 e ss., con nota di A. MASTRORILLI.

³⁸ Senza volere e potere approfondire eccessivamente, al riguardo, si rammenta che alla “Teoria della Volontà”, elaborata dalla dottrina pandettistica risalente alla fine dell’800, che fonda la validità ed efficacia del contratto sulla volontà interna, causa psichica dell’atto, sovraordinata alla volontà manifestata esternamente (G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 4; N. LIPARI, P. RESCIGNO, *Il contratto in generale*, Roma, 485 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Roma, 2011, 181 e ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile: Il contratto*, Milano, 1978, 1 e ss.), si contrappongono tanto la “Teoria Precettiva”, secondo cui ciò che conta non è il volere interno del soggetto, ma la dichiarazione e cioè la volontà manifestata esternamente, attraverso la determinazione di un regolamento impegnativo di interessi (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1943; F. SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962; C.M. BIANCA, S. PATTI, G. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 1991, p. 745 e ss.), quanto, la c.d. “Teoria della Dichiarazione” secondo la quale l’essenza del contratto non è la volontà interna del dichiarante, ma la

Eccezionalmente, il legislatore interviene nell'imporre prezzi o condizioni economiche qualora ciò corrisponda ad interessi pubblici generali (si pensi alla "calmierizzazione" dei costi di beni o servizi per garantirne l'accesso, o per evitare effetti distorsivi, come nel caso dell'equo canone, per i contratti di locazione).

La libertà contrattuale, in questi termini, è direttamente funzionale a garantire il rispetto del principio di concorrenza e di libero mercato, nonché il principio, di rilevanza costituzionale, della libera iniziativa economica.³⁹

L'art. 41, comma 2 Cost., d'altronde, prevede che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Nella materia contrattuale, a conformare la libera iniziativa economica e l'autonomia contrattuale sono i principi di ordine pubblico⁴⁰ e le norme imperative, nonché le stesse norme costituzionali in quanto integranti principi direttamente applicabili nei rapporti tra privati.

dichiarazione così come può essere percepita da una persona di media diligenza, tale, quindi, da determinare un affidamento incolpevole del destinatario, in modo che colui che emette una dichiarazione deve prevedere ciò che il destinatario della stessa possa ragionevolmente intendere, assumendo così il rischio di rimanere vincolato a quanto dichiarato seppur non corrispondente al suo interno volere (A. TRABUCCHI, *"Istituzioni di diritto civile"*, Padova, p. 150 e p. 197 e ss.; M. C. DIENER, *"Il contratto in generale"*, Bologna, 2010, p.742 e ss.; G. MIRABELLI, *"Dei contratti in generale"*, Torino, 1967; T. CLAPS, *"I presupposti della dichiarazione di volontà nei negozi giuridici"*).

³⁹ In questo senso, si vedano, M. GIORGIANNI, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in Riv. dir. agr., 1972, I, 388; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in Iustitia, 1967, 12 ed ora in Contratto (voce), cit., 11; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 45 ss; A. CERRI, *La Costituzione e il diritto privato*, in Trattato di diritto privato diretto da P. RESCIGNO, Torino, 21, 61

⁴⁰ Con ciò intendendosi l'insieme di principi desunti dall'ordinamento nel suo complesso, come insieme, cioè, dei principi di struttura politica ed economica della società, immanenti nell'ordinamento giuridico vigente: P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1996, 233; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, artt. 1321-1352, in Commentario del codice civile a cura di SCIALOJA E BRANCA, Bologna-Roma, 1972, 327. Per ordine pubblico economico, invece, si intende l'insieme delle regole dei rapporti contrattuali relativamente all'organizzazione economica, o rapporti sociali e all'economia interna dei contratti.

In questo senso, ormai da tempo si può notare come la giurisprudenza anche costituzionale abbia fatto ampio uso della c.d. *Drittwirkung* in materia contrattuale, di talchè i limiti all'art. 41 Cost., non sono solo quelli “intrinseci” ai commi 2 e 3 della medesima norma, come in passato sostenuto dalla stessa giurisprudenza di Cassazione⁴¹, ma anche quelli discendenti da norme costituzionali recanti principi aventi immediata applicabilità anche tra soggetti privati contraenti.

Non si fa riferimento solo al principio di solidarietà ex art. 2 Cost., che come si dirà più avanti è ormai parametro interpretativo e addirittura direttamente integrativo dell'atto e del rapporto contrattuale, sia in via diretta che in combinato disposto con tutte le norme che fanno riferimento alla correttezza e buona fede, ma anche principi come quello sancito dall'art. 53 Cost., sulla cui diretta applicabilità quale norma “imperativa” ai fini, ad es., del giudizio di nullità del contratto, in passato si dubitava, ma che sempre più nelle decisioni giudiziali sta assumendo rilevanza centrale.⁴²

Per quanto concerne il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., d'altronde, la dottrina contraria⁴³ all'applicazione diretta della norma in questione ha affermato, ai fini che qui interessano, che detto principio non potrebbe essere invocato sino al punto di pretendere una

⁴¹ Cass. civ., Sez. Un., 29 maggio 1993, n. 6030, in Giust. civ., 1993, I, 2351.

⁴² Da ultimo si veda Cass. civ., Sez. Un., 8 marzo 2019, n. 6882, in Giur. It., Ottobre 2019, 2086 e ss., con nota di M. LAMICELA, *Validità del patto di traslazione del carico fiscale, tra omissioni e ambiguità fuorvianti*.

⁴³ U. PERFETTI, *op. cit.*, 86, nota 129, e 313, secondo il quale in relazione alla tutela del c.d. contraente debole occorrerebbe comunque l'intermediazione del legislatore per precisare in cosa consista la “situazione di debolezza” e come la stessa debba essere modulata, di talchè l'avere il legislatore stesso proceduto a tutelare una data categoria in un determinato modo e non altro, determina la finalità e al contempo il limite di operatività della norma e dei principi che essa esprime che possono, quindi, operare solo in un ambito che quelle condizioni replichi fedelmente. Si tratta di un relativismo normativo che contraddirebbe l'esistenza stessa del principio di ordine pubblico; contra A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in Rass. Dir. civ., 1983, 155, secondo la quale, con l'entrata in vigore della Costituzione, avrebbe dovuto avere inizio il rinnovamento del sistema giuridico, con abrogazione delle norme assolutamente incompatibili nei riguardi della nuova dimensione della solidarietà, tra le quali l'art. 1448 c.c.

sollecitudine per le sorti economiche dell'altro contraente che si traduca operativamente nella possibilità di garantire la giustizia dello scambio, in quanto la solidarietà costituzionale parrebbe un mezzo di realizzazione del necessario equilibrio tra classi, e, quindi, non ha come punto di riferimento il singolo rapporto economico quanto piuttosto l'equilibrio tra gruppi sociali che detengono il potere economico e gruppi che ne sono sprovvisti⁴⁴.

In questo senso, quindi, la tutela dell'interesse del singolo risulterebbe collegata, nella visione costituzionale, con l'appartenenza dello stesso ad un gruppo sociale che si trova in condizioni di inferiorità economica, per cui, pur essendo avvertito come individuale, l'interesse protetto esprime sempre esigenze di una categoria sociale. Ne deriva che il principio costituzionale di solidarietà può giustificare il controllo statale sui programmi produttivi dell'iniziativa privata (artt. 41 e 42 Cost), l'intervento riequilibratore nei rapporti di forza fra gruppi sociali (art. 36 Cost), occasionalmente la subordinazione dell'interesse individuale a quello generale della collettività (artt. 43 e 44 Cost.), ma non legittimerebbe l'emersione del principio etico di cooperazione interindividuale nel singolo rapporto economico, se non nell'esclusivo contesto dei rapporti familiari (art. 29 ss Cost.),⁴⁵

Di qui la considerazione per cui la norma di cui all'art. 2 Cost. e i relativi doveri di solidarietà in tanto sono direttamente precettivi in quanto si traducono negli ulteriori specifici doveri sociali individuati nella Costituzione stessa o in quanto il legislatore li ha specificamente tradotti in legge⁴⁶; sicchè non si potrebbe individuare <<un principio di ordine pubblico che imponga la parità di trattamento nei rapporti

⁴⁴ F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli 1970, 81 e P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 24, 25 ss.

⁴⁵ F. LUCARELLI, *op. cit.*, 25, 83, 84.

⁴⁶ C. Cost., 28 luglio 1983, n. 252, in *Giur. cost.*, 1983, I, 2628; Id., 18 gennaio 1977, n. 29, *ivi*, 1979, I, 784; Id., 2 febbraio 1972, 12, *ivi*, 1972, I, 580.

interprivati>>, ma, al massimo, una “linea di tendenza, che, però, <<non costituisce ancora un principio di ordine pubblico, atteso che per questo, per sua stessa natura deve essere caratterizzato dalla generalità e dalla obbligatorietà>>⁴⁷

Quanto sopra, d'altronde, andrà opportunamente riconsiderato alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale più recente, nonché alla luce della prospettiva che nel presente lavoro si intende adottare: ovvero la rideterminazione del concetto di asimmetria che se correttamente inteso e dilatato fa comprendere come il “*cluster*” che la dottrina tradizionale richiama per giustificare l'applicazione dell'art. 2 Cost ad es., alla tutela dei consumatori, può essere riferito anche ai contratti “ordinari”, in quanto l'idea di fondo sottesa al codice civile, ovvero l'esistenza di due parti entrambi nella stessa condizione contrattuale e conoscitiva, è per lo più idea di scuola, sussistendo pressochè sempre una parziale e a volte reciproca asimmetria, sia di tipo informativo che di altro tipo.

E ciò porta, altresì, a riconsiderare, alla luce del bilanciamento tra la portata dell'art. 2 Cost e il principio di libertà contrattuale, un aspetto che si ritiene importante nell'ambito del diritto dei contratti: l'irrilevanza del c.d. *dolus bonus*, inteso come quel tipo di “inganno” o silenzio o reticenza, normalmente tollerato nella vita degli affari, perché sostanzialmente innocuo.

⁴⁷ Cass. civ., sez. un. 29 maggio 1993, n. 6031, in Foro it., 1993, I, 1815.

CAPITOLO II

L'EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATTO NELLA DOGMATICA CLASSICA.

SOMMARIO: 1. Inquadramento generale 2. L'impostazione negatoria tradizionale. Le fattispecie codicistiche rilevanti. 3. Le fattispecie extracodicistiche.

1. Inquadramento generale.

Quando si approccia il tema dell'equilibrio contrattuale si può fare riferimento a due concetti che, normalmente vengono distinti.

Da un lato, si parla di "equilibrio normativo", quando si ha riguardo al rapporto tra le posizioni attive e passive (in termini di diritti e obblighi, oneri, responsabilità e rischi) che nell'ambito dello specifico rapporto contrattuale sono poste a carico dei contraenti.

Dall'altro lato, ci si riferisce al c.d. equilibrio economico per identificare il rapporto e il bilanciamento tra le prestazioni dedotte in contratto, primarie e secondarie, principali ed accessorie, sotto il profilo strettamente valoristico-monetario, sia singolarmente considerate, sia in relazione alla complessiva operazione contrattuale⁴⁸.

Com'è facilmente intuibile, un problema di equilibrio economico si pone soprattutto e prevalentemente con riguardo ai contratti c.d. sinallagmatici o a prestazioni corrispettive, caratterizzati dal fatto che

⁴⁸ Sulla distinzione in esame, si vedano, tra gli altri, P.PERLINGERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 343 ss., M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002.

obblighi e diritti sono collegati tra loro da uno specifico nesso di interdipendenza⁴⁹.

Lo squilibrio può riguardare tanto la situazione “originaria”, cioè il complesso delle pattuizioni al tempo e alla luce della situazione esistente al momento della stipula del contratto, con conseguente riflesso sul contratto-atto (c.d. sinallagma genetico), quanto il contratto nel suo momento dinamico, in relazione a fatti sopravvenuti, incidenti, quindi, sul rapporto contrattuale⁵⁰, per verificare che l’originaria proporzione non sia stata alterata da successive sopravvenienze (c.d. sinallagma funzionale).

Il legislatore, tanto nel codice civile, quanto nella legislazione speciale, ha approntato degli istituti volti a regolare ipotesi particolari di disequilibrio economico o normativo, sia di tipo originario che successivo.

La dottrina ha, per lo più, mostrato una notevole chiusura ad ammettere che dall’ordinamento possa ricavarsi un principio di necessario equilibrio economico tra le prestazioni dedotte in contratto, anche considerando l’operazione economica nel suo complesso e non esclusivamente le prestazioni “principali” o, comunque, caratterizzanti il rapporto contrattuale.

Questo anche perché, come si è più sopra esposto, il legislatore del 1942 ha inteso porre solo in via eccezionale dei limiti alla libertà contrattuale.

Come si vedrà ampiamente nel prosieguo, sono plurimi gli interventi legislativi – nella legislazione speciale – attraverso i quali sono stati

⁴⁹ Si tratta del legame o rapporto di condizionalità reciproca, intercorrente tra prestazione e controprestazione che rende, con la sua forza, le obbligazioni contrattuali interdipendenti e non meramente coesistenti fra di loro. Al riguardo si veda, tra gli altri, V. ROPPO, *“Trattato del contratto”*, Milano, 2006, p. 623; C. TURCO, *“Diritto civile”*, I, Torino, 2014, p. 418 e ss.; F. CIACCAFAVA, *“Contratti”*, Milano, 2012, p. 86; N. LIPARI, *“Diritto civile”*, III, 2009, p. 419; R. DEL VECCHIO, *“Istituzioni di diritto privato”*, Napoli, 2012, p. 191.

⁵⁰ Si veda R. Cascone, *Lo squilibrio originario del contratto, sindacato del giudice e rimedi*, in *giuricivile*, 2018, 4.

introdotti, in varia misura e tipologia, strumenti di controllo e correzione degli elementi di squilibrio economico del contratto.

A ciò si è associato l'intervento da parte della giurisprudenza, in particolare, di legittimità e Costituzionale che seppure in modo non univoco e coordinato fornisce indubbiamente degli spunti per rivalutare il problema dello sindacato giudiziale sull'equilibrio economico originario del contratto alla luce dell'assetto ordinamentale attuale.

2. L'impostazione negatoria tradizionale. Le fattispecie codicistiche rilevanti.

Invertiamo, ora, l'ordine dei fattori, partendo cioè dalla posizione di chi ritiene che, pur a fronte di una serie di previsioni normative che sembrano indulgere verso un'apertura in favore di un generale principio di equilibrio economico contrattuale, le reputa, anche complessivamente intese, non indicative dell'esistenza del principio medesimo.

La dottrina e la giurisprudenza "classiche", in tal senso, hanno costantemente negato la sussistenza di un principio generale di equilibrio economico tra le prestazioni, dedotte dalle parti nell'ambito dell'operazione contrattuale, sulla scorta, in particolare, di una serie di addentellati normativi.

In primo luogo, viene in esame l'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, disciplinata, nel codice civile, dall'art. 1467 c.c., ai sensi del quale nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è

domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Pur non potendo esaminare approfonditamente l'istituto⁵¹, è sufficiente in questa sede ricordare che la tesi "negativa" si fonda sul fatto che la norma prevede la possibilità di evitare la risoluzione del contratto qualora la parte interessata al mantenimento del contratto offra di modificarne equamente le condizioni.

Si è affermato, con riguardo al parametro cui riferire l'equità, che, a differenza dell'istituto della rescissione, la norma fa riferimento all'equilibrio originario voluto dalle parti con riferimento alle prestazioni per come dedotte in contratto al momento della stipula dello stesso, equilibrio inciso dalle sopravvenienze che hanno determinato la proposizione della domanda di risoluzione, in modo da garantire il rapporto di adeguatezza tra le prestazioni originarie, in quanto frutto di una valutazione attendibile e razionale delle parti.⁵²

Secondo altra impostazione, invece, l'equità non concerne il ripristino dell'originaria proporzionalità economica del contratto, ma la riconduzione del contratto entro i confini della normale alea⁵³.

⁵¹ In ordine al quale si rinvia a G.C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti, artt. 1467 – 1469*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1995; G.B. FERRI, *Dalla Clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988; E. REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni – dei contratti in generale – artt. 1321 – 1469*, in *Commentario del codice civile*, libro IV, t. 2, Torino, 1980, 652; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 185; A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952. Si veda, però, anche R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (voce)*, in *Enc. dir. Milano*, 1989, XL, 109-110 in quanto ha ricondotto l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta al fenomeno più generale ed unitario della revisione del rapporto che sussiste quando nel corso della realizzazione del contratto la situazione di fatto, sulla base della quale le parti avevano definito l'assetto di interessi, subisce un'oggettiva modificazione che travolge i termini economici della regolamentazione.

⁵² In questo senso, si vedano, S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 462-463; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 204; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, in *Riv. trim. dir. priv.*, 1966, 1241;

⁵³ E. GABRIELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Contratto e impresa*, 1995, 995; E. GABRIELLI, *Offerta di riduzione ad equità del contratto (voce)*,

In giurisprudenza, al riguardo, da un lato, è stato sottolineato come con il termine “equamente”, usato nel comma 3 dell'art. 1467 c.c., richiede, perché sia evitata la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, che la parte, contro la quale la domanda è rivolta, offra di modificare le condizioni del contratto in modo che questo sia riportato ad un giusto rapporto di scambio, con la conseguenza che il corrispettivo deve essere uniformato, in quanto possibile, ai valori di mercato, e sia eliminato lo squilibrio economico e le prestazioni siano ricondotte ad una piena equivalenza obiettiva: l'indagine del giudice deve, pertanto, essere condotta attenendosi a criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico, e non soltanto con un mero criterio di equità.⁵⁴

Per altro verso, la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare che l'art. 1467 c.c. non impone al convenuto, che voglia evitare la pronuncia di risoluzione, di offrire una modifica delle condizioni del contratto tale da ristabilire esattamente l'equilibrio tra le rispettive prestazioni esistenti al momento della stipulazione. Infatti, dalla combinazione logica dei tre commi che compongono la disposizione, si evince agevolmente che la sopravvenuta onerosità della prestazione considerata dà diritto alla risoluzione soltanto se è eccessiva (comma 1) e non se rientra nell'alea normale del contratto (comma 2) sicché l'offerta di modifica è da considerarsi equa se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandarne la risoluzione.⁵⁵

A ben vedere, secondo l'orientamento prevalente, la norma non si cura del fatto che il contratto *ab origine* fosse o meno squilibrato, rilevando

in Digesto delle discipline privatistiche – sez. civile – aggiornamento, t. II, Torino, 2003, 981; sul concetto di alea normale si veda A. PINO, *La eccessiva onerosità sopravvenuta*, Padova, 1963.

⁵⁴ Secondo altra Cass. civ., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 944.

⁵⁵ Cass. civ., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2022, e con nota critica di A. DI MAJO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad equitatem*, in *Corr. giur.* 1992, 665

solo l'effetto della sopravvenienza, di talché se questa va ad incidere ulteriormente su rapporto già nato squilibrato, la riconduzione ad equità non può consentire di portare il contratto a condizioni diverse da quelle originarie, ancorchè maggiormente congrue e bilanciate economicamente.⁵⁶

In questo senso, quindi, l'intervento riequilibratore, incide solo con riferimento alle conseguenze determinate dai fatti sopravvenuti, ma non può spingersi fino a determinare una l'equilibrio di una operazione economica squilibrata *ab origine*, perché la finalità della norma sarebbe solo quella di conservazione dell'assetto programmatico di interessi concepito dalle parti.

In secondo luogo, è certamente centrale, per la teoria "negazionista", il complesso e controverso⁵⁷, istituto della rescissione del contratto⁵⁸, disciplinato dagli artt. 1447-1452 c.c.⁵⁹.

⁵⁶ U. PERFETTI, *op. cit.*, 21: secondo l'autore, infatti, quante volte l'originario programma contrattuale risulti squilibrato, il sistema della *reductio* ha come effetto proprio quello di salvaguardare lo squilibrio preservando l'ingiustizia del contratto; nel secondo caso, nel valutare l'equità dell'offerta di ripristino dell'equilibrio, <<il giudice dovrebbe procedere ponendo a confronto lo squilibrio prodotto dall'evento astrattamente idoneo a risolvere il contratto con quello proprio dell'assetto programmatico iniziale così stabilendo l'entità di quello da giudicare compreso nel recinto dell'alea normale>>

⁵⁷ Discussa è, infatti, in dottrina la natura e la *ratio* della disciplina della rescissione: in estrema sintesi e rinviando, per lo studio e l'approfondimento delle argomentazioni a favore e contro le varie ricostruzioni, agli autori di seguito indicati, sono enucleabili quattro posizioni interpretative:

a) secondo un orientamento, la rescissione sarebbe collegata ad un vizio concernente la causa o l'oggetto del contratto, in un'ottica, quindi, strettamente oggettiva volta a censurare la sproporzione tra le prestazioni, in questo senso F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 169, 184, 185, 262; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1947-1949, 597; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, 1950, 59 e 62; criticano questa posizione per ragioni diverse, S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni*, cit., 439 e 440, G. MIRABELLI, *La rescissione*, cit., 68; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 311; L. CORSARO, *Sulla ratio degli artt. 1447, 1448, 1438 e 428, comma 2 del codice civile*, in Studi in memoria di Domenico Pettiti, I, Milano, 1973, 410; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000, 683, nota 1; M. PROSPERETTI, *Mercato e rescissione*, in Riv. dir. comm., 1999, I, 691;

b) secondo altra impostazione, gli artt. 1447 e ss. c.c. contemplerebbero un rimedio ad un'ipotesi di vizio del consenso indotto nel contraente leso dallo stato di bisogno o di pericolo in cui versava, così M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, 205 ss.; nonché L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del*

Ai sensi dell'art. 1447 c.c., il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso su domanda della parte che si è obbligata. Il giudice nel pronunciare la rescissione può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata.

In forza dell'art. 1448 c.c., invece, se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. 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. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.

Secondo la dottrina “negazionista” l'elemento decisivo, ai fini della tematica in esame, è il fatto che entrambe le norme e in particolare l'art. 1448 c.c. consentono sì un intervento repressivo o correttivo del giudice, ma non in forza del mero squilibrio economico originario delle

contratto, Perugia, 1979, 57 e ss.. Contra, S. GATTI, *L'adeguatezza etc.*, cit., 430, e O.T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, 393; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 986; B. CARPINO, *La rescissione del contratto, artt. 1447-1452*, in *Il Codice civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 2000, 6 e 10, secondo il quale il fondamento del rimedio rescissorio andrebbe individuato nella particolare tutela della libertà di determinazione del contenuto del contratto; si veda anche A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit. 94.

c) secondo altri, poi, si tratterebbe di un'ipotesi di “sanzione civile” a fronte di un comportamento illecito, similmente a quanto previsto dall'art. 1337 c.c.: in tal senso, L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, III, 1182 ss.; G. SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in *Giur.it.*, 1948, I, 1, 59; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto* cit., 682-683; contra S. GATTI, *L'adeguatezza*, cit., 437-438;

d) secondo l'opinione dottrinale maggioritaria, cui accede la giurisprudenza, la rescissione si caratterizza per un concorso di elementi distintivi, in tal senso, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1960, 465; M. SESTA, *La rescissione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, 76; in giurisprudenza, si veda Cass. 19 agosto 2003, n. 12116, in *Giust. civ. mass.*, 2003, fasc. 7-8.

⁵⁸ Si vedano sull'argomento, B. CARPINO, *La rescissione del contratto, artt. 1447-1452*, in *Il Codice civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 2000, nonché, per l'analisi di dottrina e giurisprudenza, S. ORRÙ, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997; S. CAPRIOLI, *Indagini sulla rescissione*, Perugia, 2001; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli 1962, I, ed.

⁵⁹ G. MARINI, *Rescissione (dir. vigente)*, voce, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXIX, 970.

prestazioni, essendo necessari degli elementi ulteriori quali la prova dello stato di bisogno, o di pericolo e, rispettivamente, l'approffittamento da parte dell'altra parte dello stato di bisogno o l'assunzione dell'obbligazione iniqua per evitare il pericolo di danno grave alla persona dell'obbligato⁶⁰, oltre al fatto che, comunque, dall'art. 1448 c.c. viene apposto un limite "minimo" alla rilevanza dello squilibrio, essendo necessaria nella predetta fattispecie una lesione "*ultra dimidium*".

Quindi, la norma individuerebbe nella lesione *ultra dimidium* combinata con l'approffittamento dello stato di bisogno il limite di "ingiustizia" del contratto"⁶¹.

In dottrina, si è sottolineato che <<la disciplina della rescissione costituisce la risposta complessiva, seppur riduttiva, di un legislatore ben consapevole dell'attenzione della civilistica ai valori di solidarietà ed autodeterminazione ed al problema del trattamento giuridico dell'equilibrio contrattuale>>⁶².

D'altronde, è significativo il fatto che, comunque, si sia cercato di superare quella che sembrerebbe essere "norma-limite", di chiusura del sistema, ai fini che qui interessano.

Ad es., si è sostenuta l'applicazione analogica dell'art. 1448 c.c., in funzione correttiva, anche a fronte di una lesione *infra dimidium* e con un'applicazione ulteriormente estensiva dell'art. 1450 c.c.⁶³.

⁶⁰ In questo senso, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 311; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, 48.

⁶¹ Si legga U. PERFETTI, *op. cit.*, 33, sia per i ragionamenti svolti, che per i riferimenti bibliografici.

⁶² A. D'ANGELO, *La buona fede*, in Trattato di diritto privato, diretto da Bessone, XIII, Il contratto in generale, IV, Torino, 2004, 194 e 195.

⁶³ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in Riv. dir. comm., 1999, 116 e ss.

Sotto altro profilo, come si dirà più ampiamente anche nel prosieguo, i concetti fondanti l'operatività della rescissione sono stati oggetto di un progressivo "svilimento" contenutistico.⁶⁴

D'altronde, il requisito della lesione *ultra dimidium*, non consentendo l'applicazione analogica dell'istituto della rescissione alle fattispecie di lesione *infra dimidium*, è stato ed è tuttora, dai sostenitori della tesi "negazionista" ritenuto dato insuperabile per affermare un generalizzato potere giudiziario di correzione dello squilibrio economico originario in applicazione analogica dell'art. 1450 c.c.⁶⁵

E' stato anche affermato come la c.d. "*reductio ad equitatem*" di cui all'art. 1450 c.c. non sia funzionale a tutelare la vittima del contratto iniquo, essendo paradossalmente strumentale alla tutela degli interessi del contraente c.d. "profittatore" che, in tal modo, è legittimato ad imporre al contraente / vittima un contratto sorto *contra legem*⁶⁶, ma emendato successivamente.

L'opinione di chi nega la riconducibilità delle fattispecie in esame, così come per l'art. 1467 c.c., all'intenzione del legislatore di garantire l'equilibrio economico del contratto si fonda anche sul rilievo per cui

⁶⁴ Ad esempio, per lo "stato di bisogno", in giurisprudenza sono stati ritenuti sufficienti una semplice difficoltà o disagio economici o una contingente mancanza di liquidità che abbia costituito il concreto impulso alla conclusione del rapporto svantaggioso e si trovi con questo in rapporto di causa ed effetto (e non la totale incapacità patrimoniale o indigenza assoluta): così Cass. civ., 28 maggio 2003, n. 8519, in Foro it., 2003, contratto in genere (voce), 536; in dottrina si veda v. RIZZO, *Sulla nozione di stato di bisogno nella rescissione per lesione*, in Rass. Dir. civ., 1980, 166 e ss.; E. MINERVINI, *La rescissione del contratto*, in Rass. dir. civ., 1997, 764 e ss.. In merito al concetto di "approfittamento", è stata ritenuta sufficiente la mera conoscenza dello stato di bisogno qualora abbia determinato la spinta psicologica a contrarre, e il successivo ed effettivo del vantaggio conseguito: così, Cass. civ., 28 gennaio 2015, n. 1651, in Giust. civ. mass., 2015.

⁶⁵ U. PERFETTI, *op. cit.*, 40 e 41.

⁶⁶ U. PERFETTI, *op. cit.* 42, contra G. GUIZZI, *op. cit.*, 121. Al riguardo, l'art. 1450 c.c., secondo alcuni è un precipitato del principio di conservazione del contratto (P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1994, 720), e insieme all'art. 1467 c.c. e all'art. 1432 c.c. integrante una figura unitaria di sanatoria caratterizzata dal potere o comunque dall'offerta di modificazione del contenuto negoziale (F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, 139; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, 135; contra, M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità* cit., 1240).

non sarebbe previsto un potere officioso di intervento da parte del Giudice finalizzato a ristabilire l'equilibrio alterato o, addirittura, a rideterminare il contenuto del contratto, essendo solo concesso alla parte "profittatrice" di avanzare una proposta, specifica⁶⁷, a fronte della quale il giudice può unicamente valutarne l'idoneità a ristabilire l'equilibrio alterato, anche evidentemente con riguardo agli elementi caratteristici dell'offerta⁶⁸; inoltre, un tale meccanismo meramente "negoziale"⁶⁹ non solo potrebbe essere azionato esclusivamente dal contraente che "ha dato causa" al vizio rescissorio⁷⁰, ma impedisce alla

⁶⁷ F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, 108 e segg.; E. QUADRI, *la rettifica del contratto*, cit., 127 e ss.; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità*, cit., 1236 e 1237; contra, E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1947., cit. 580, B. CARPINO, *La rescissione*, cit., 99, per il quale un'offerta indeterminata potrà essere idonea a determinare la modifica del contratto solo in forza dell'esercizio da parte del giudice del proprio potere, con conseguente decisione di natura costitutiva. In giurisprudenza si rilevano diverse soluzioni: Cass. civ., Sez. Un., 27 gennaio 1959, n. 224, in Foro it., rep., *Obbligazioni e contratti* (voce), n. 318, secondo cui l'offerta deve essere formulata in termini precisi e determinati; Cass. civ., 25 maggio 1991, n. 5922, in Giust. civ. mass., 1991, secondo la quale la parte offerente può anche rimettersi alle valutazioni del giudice per l'esatta modificazione delle offerte; Cass. civ., 23 aprile 1994, n. 3891, n. 3891, ivi, 1994, 553, secondo la quale l'offerta deve comunque contenere un minimo di specificazione; Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3347, in Giust. civ., 1989, I, 2564, secondo la quale laddove a fronte di una proposta di modifica inidonea secondo il Giudice deve intendersi implicitamente proposta una domanda di determinazione giudiziale dell'equo prezzo in conseguenza della quale il Giudice deve pronunciarsi integrando l'offerta sulla base degli elementi di giudizio acquisiti.

⁶⁸ Con conseguente decisione avente natura dichiarativa: E. QUADRI, *La rettifica*, etc., cit., 127; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, II ed. (rist.), Napoli, 1986, 60 e 61.

⁶⁹ E. QUADRI, *La rettifica...*, cit., 126-127; E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1947, 577; P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva* (voce), in Enc. del dir., Milano, 1980, XXX, 168; F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990, 151; Id., *Riduzione ad equità* (voce), in Dig. disc. Priv. (sez. civ.) Torino, XXVII, 1998, 614; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, II ed., Milano, 1946, 413; in giurisprudenza si vedano Cass., 6 dicembre 1988, n. 6630, in Foro it., rep. 1988, *Contratto in genere* (voce) 385, Cass., 6 febbraio 1970, n. 257, in Giust. civ., 1972, I, 1886; contra, nel senso di considerare l'offerta del contraente in termini processuali e non negoziali, A. DE MARTINI, *L'offerta di reductio ad aequitatem nel contratto diventato eccessivamente oneroso*, in Giur. comp. cass. civ., 1947, III, 347; C. BRACCIANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1947, 78; R. CAPOTOSTI, *Transazione e riduzione ad equità del contratto rescindibile*, in Foro it., 1959, I, 1305; in giurisprudenza, Cass., 22 novembre 1978, n. 5458, in Giust. civ., 1979, I, 1087.

⁷⁰ In forza di un diritto qualificato come potestativo, Cass., 22 novembre 1978, n. 5458, cit.

“vittima” dello stesso di liberarsi dal vincolo contrattuale laddove la proposta di riequilibrio sia considerata adeguata dal giudice.⁷¹

Sotto altro profilo, poi, rilevante per l’approccio al tema dell’equilibrio contrattuale è da sempre l’esegesi dell’art. 1382 c.c. (clausola penale).

L’art. 1526, secondo comma c.c., considerato una previsione particolare di “clausola penale”, essendo accordato al giudice un potere correttivo simile a quello di cui all’art. 1384 c.c.,⁷² può essere tranquillamente ricompreso nella trattazione riguardante la clausola penale in generale.

La norma in esame è importante perché, in questo caso, l’equità si pone in senso contrario all’autonomia privata e non in funzione meramente integrativa⁷³, al fine non tanto e solo di tutelare il debitore, ma di ristabilire l’equilibrio contrattuale.⁷⁴

⁷¹ Ponendo, quindi, dei dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della norma in questione: L. CORSARO, *Rescissione*, cit., 644. Secondo un’opinione, peraltro, sarebbe sufficiente ad evitare la rescissione un’offerta idonea a riportare il rapporto tra prestazione e controprestazione nell’ambito dell’irrelevanza della lesione, ovvero al di sotto dell’*ultra dimidium* senza, quindi, giungere ad un rapporto di effettiva proporzionalità ed equilibrio tra prestazioni: in tal senso, N. DISTASO, *Azione generale di rescissione per lesione, offerta di reductio ad aequitatem e svalutazione della moneta*, in *Giur. comp. cass. civ.*, 1948, I, 176 e 182; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 228; A. Boselli, *La risoluzione..*, cit., 293; R. CAPOTOSTI, *Transazione e riduzione*, cit., 1307; per la “variante” fondata sul mero rispetto della “tollerabilità” cui ricondurre la sproporzione e E. QUADRI, *La rettifica*, cit., 13; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale – disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto, - artt. 1321-1352 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1972, 259; F. LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, cit., 92; al contrario, ravvisa come questa impostazione finisca per ledere più che proporzionalmente il contraente svantaggiato: S. GATTI, *L’adeguatezza*, cit., 46; S. MONTICELLI, *Rescissione per lesione e transazione*, in *Contr. Impr.* 1995, 968-969.

⁷² D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1971, XXIII, 445; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 123, 124 e 125; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1972, VII, t. 1, 550-551; parzialmente contrario alla perfetta configurazione dell’istituto di cui all’art. 1526 c.c. quale clausola penale, S. MAZZARESE, *Clausola penale*, artt. 1382 – 1384, in *Il codice civile*, Commentario, diretto da Pietro Schlesinger, Milano, 1999, 298.

⁷³ Si veda al riguardo, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 324.

⁷⁴ G. DE NOVA, *Clausola penale (voce)*, in *Dig. disc. Priv. (sez. civ.)* Torino, II, 1988, 381.

A prescindere dalla qualificazione della fattispecie di cui agli artt. 1382 e ss. c.c. in termini di negozio autonomo collegato al principale⁷⁵ o di elemento accidentale del contratto nel quale la clausola è inserita⁷⁶, la dottrina ha avuto modo di rilevare che la clausola penale non partecipa del nesso di interdipendenza tra prestazioni contrattuali, caratteristico dei contratti sinallagmatici, sicchè ciò impedirebbe di estendere la previsione della *reductio ad equitatem* anche alle prestazioni del negozio “principale”, anche qualora si considerasse l’impegno sotteso alla clausola penale come inserito nella più ampia prestazione a carico della parte obbligata.⁷⁷

Questo sul rilievo che la *ratio* dell’istituto è mista⁷⁸, risarcitoria e al contempo sanzionatoria⁷⁹, consentendo di pattuire una somma anche

⁷⁵ A. MARINI, *La clausola penale* cit., 68 e ss.; V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 23-24; A. MAGAZZÙ, *Clausola penale* (voce) in Enc. del dir., Milano, 1960, VII, 189: a sostegno di tale tesi si pone il fatto che le parti mirano ad uno scopo pratico diverso da quello perseguito mediante il negozio principale, e che la clausola non interviene sul contenuto del contratto, ma disciplina le conseguenze della mancata realizzazione compiuta dello stesso, come la sanzione rispetto al precetto violato.

⁷⁶ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto* cit., 217 e 218 e id., *I contratti*, cit., 110 e ss, secondo il quale la clausola, come elemento accidentale arricchisce il regolamento contrattuale integrandone gli elementi essenziali, in quanto necessari per l’individuazione e la disciplina dello schema contrattuale prescelto, prevedendo le conseguenze dell’inadempimento.

⁷⁷ Fattispecie compatibile sia con la ricostruzione della clausola in termini di elemento accidentale del contratto, sia con l’ipotesi di contratto autonomo, ma collegato. Si rileva, infatti che la *reductio ad equitatem* concerne espressamente il solo elemento incidentale o negozio autonomo collegato, il che denoterebbe in ogni caso una volontà, da parte del legislatore, di considerare in maniera “atomistica” tale pattuizione: U. PERFETTI, *op. cit.*, 52.

⁷⁸ Sostengono la natura meramente risarcitoria, quale liquidazione preventiva del danno, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 221-238; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 131; Id., *Il contratto in genere*, in Tratt. dir. civ. e comm., diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, 210; F. GERBO, *Clausola penale e danno*, in Riv. dir. civ. 1983, II, 207; valorizzano, invece, la specifica natura sanzionatoria della penale, quale sanzione privata, V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 141; G. GORLA, *Il contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *lineamenti generali*, Milano, 1955, 260; A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, cit. 188. Affermano, invece, la natura sostanzialmente “mista” della penale, seppur con sfumature diverse, A. MARINI, *La clausola*, cit., 1 segg.; A. DE CUPIS, *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, 521 segg.; A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 128; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 160; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 181, segg.

⁷⁹ In senso “improprio”, quale <<strumento di rafforzamento della posizione creditoria proprio in quanto attraverso di essa il creditore può disporre di una sanzione

superiore al danno subito purchè con il limite non della mera eccessività, ma della “manifesta” eccessività, sicchè la norma non sarebbe chiaramente rivolta a garantire la proporzionalità tra prestazioni, quanto la giustizia della sanzione medesima.⁸⁰

In giurisprudenza, è stato affermato che il potere-dovere di riduzione è attribuito al Giudice per realizzare un interesse oggettivo dell’ordinamento, ovvero garantire l’adeguatezza e la proporzione della sanzione rispetto all’illecito.⁸¹

(l’obbligazione penale) dotata dei caratteri della determinazione anticipata, semplicità di attuazione, più intensa efficacia intimidatrice e non già in considerazione di una pretesa maggiore gravità di tale sanzione rispetto a quella risarcitoria o di un supposto intento punitivo, perseguito dalle parti>>, A. MARINI, *op. cit.*, 37.

⁸⁰ Secondo altri, invece, la riducibilità d’ufficio sarebbe un riflesso della nullità che colpisce la clausola concernente una penale manifestamente eccessiva, in quanto l’art. 1384 c.c., stabilendo il limite all’autonomia privata, porrebbe un divieto inderogabile integrante una norma imperativa ex art. 1418 c.c., con conseguente rilevanza d’ufficio della stessa e meccanismo similare a quello di cui all’art. 1339 c.c. In questo senso, T. FEBBRAJO, *La riducibilità d’ufficio*, 575 e ss.; contra, U. PERFETTI, *op. cit.*, 73, secondo il quale a tale ricostruzione osterebbero diversi argomenti: in primo luogo, il fatto che la ricostruzione in termini di nullità virtuale risulterebbe frutto di un’opzione aprioristica; in secondo luogo, la nullità comporta un vizio genetico del contratto, laddove l’art. 1384 c.c. se, da un lato, considera l’interesse del creditore, da valutare in fase genetica, dall’altro lato, assume come rilevante la manifesta eccessività al momento dell’applicazione della penale e non riferita al momento originario di stipula del contratto, di talchè non rileverebbe uno squilibrio genetico del contratto, ma sopravvenuto (in tal senso, anche A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 159), oltre al fatto che un’ipotesi di nullità parziale e relativo meccanismo sostitutivo ex art. 1339 c.c. sarebbero esclusi dal fatto che la clausola sostitutiva non è predeterminata *ex lege*, ma determinata equitativamente dal Giudice (in tal senso, anche M. TATARANO, *L’adeguamento della penale...*, cit., 122). In giurisprudenza si è registrato un contrasto: a favore dell’opinione della esclusiva rilevanza dell’adeguatezza della penale al momento della stipula del contratto, e non al momento dell’applicazione della medesima Cass. civ., 5 agosto 2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, 336; per l’opinione che, invece, valorizza il momento in cui si chiede l’applicazione della penale, Cass. civ., 3 settembre 1999, n. 9298, in *Foro it. Rep.*, 1999, *Contratto in genere* (voce, 472).

⁸¹ Cass. civ., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2929; in *Contratti*, 2000, I, 118 SS., con nota di G. BONILINI, *L’eccessivo ammontare della penale*; in *Corr. giur.*, 200, I, 68 segg. con nota di M. FANCELLI. La giurisprudenza e la dottrina, d’altronde, hanno progressivamente valorizzato l’obbligo di correttezza e buona fede in quanto costituzionalizzato nell’art. 2 Cost. quale sottospecie del dovere di solidarietà che <<entrando in un sinergia con il generale canone di buona fede oggettiva e correttezza, all’un tempo gli attribuisce una *vis normativa* e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell’interesse del partner negoziale nella misura in cui questa non collida con la tutela dell’interesse proprio dell’obbligato>>, così, Cass. civ., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.; contra, sulla possibilità di fare riferimento al principio

La dottrina, d'altronde, ha, già tempo addietro, sottolineato come la portata applicativa della disciplina della clausola penale abbia dovuto confrontarsi con la normativa consumeristica e l'ulteriore normativa speciale quale la previsione dell'art. 7, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 e l'art. 9, l. n. 192 del 1998, e, soprattutto, la normativa in materia di usura di cui alla l. 7.3.1996, n. 108⁸².

L'orientamento contrario ad intravedere nella normativa codicistica e speciale un sotteso principio di giustizia, equilibrio o proporzionalità contrattuale, si è impegnato ad esaminare analiticamente tutti gli istituti, di applicazione più o meno diffusa, astrattamente idonei a fondare un tale assunto.

Tra questi⁸³ è importante ricordare l'art. 1371 c.c. che disciplina l'interpretazione relativa all'equo contemperamento degli interessi delle

di buona fede quale giustificazione della clausola penale, U. PERFETTI, *op. cit.*, 62 e ss., il quale sottolinea la <<sostanziale unidirezionalità operativa che caratterizza il rimedio, volto esclusivamente a limitare la penale eccessiva, non già ad aumentare quella irrisoria>>, questione, quella della c.d. penale irrisoria che ha portato alcuni in dottrina a parlare di natura "imperfetta" della disciplina dell'art. 1384 c.c.: A. MARINI, *La clausola penale*, cit. 142; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 614.

⁸² T. FEBBRAJO, *La riducibilità*, cit., 570.

⁸³ Senza dimenticare, ad es., l'art. 1432 c.c., che condivide con gli istituti di cui all'art. 1450 e 1467, comma 3, c.c. la finalità di conservazione del contratto, ma la cui *ratio* è oggetto di contrasto in dottrina, in relazione all'oscurità del concetto di "pregiudizio" come condizione negativa per il rimedio: secondo alcuni il rimedio della rettifica confermerebbe la rilevanza del danno e dei presupposti di riconoscibilità ed essenzialità dell'errore nella disciplina generale dell'annullamento (F. LUCARELLI, *Lezione d'interesse e annullamento del contratto*, cit., 42 e ss.): in questo senso, il pregiudizio sarebbe un coelemento di rilevanza dell'errore sicchè la *ratio* della rettifica andrebbe individuata nel difetto di funzionalità del regolamento contrattuale e conseguente difformità dai valori programmati dalle parti in conseguenza dell'errore sul rapporto contrattuale. In tal modo, la rettifica, agendo sui valori funzionali del contratto ed eliminando l'evento dannoso, svuoterebbe di motivazione giuridica la *ratio* che deve sorreggere l'esercizio dell'azione del contraente. Per altri costituirebbe un'ipotesi speciale di *exceptio doli generalis* (V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 234, secondo il quale l'esercizio dell'azione di annullamento, pur in difetto di pregiudizio derivante al contratto, è lecito e ciò sarebbe dimostrato proprio dalla norma sulla rettifica che pone quest'ultima e non il pregiudizio come ostacolo alla rimozione dell'atto, per cui l'attore sarebbe in mala fede quando, non avendo subito alcun pregiudizio, agisca o insista nell'azione di annullamento pur dopo l'offerta di rettifica, sicchè il legislatore impedisce di svincolarsi al soggetto caduto in errore laddove le conseguenze dello stesso vengano utilmente meno; *contra* entrambi gli orientamenti, U. PERFETTI, *op. cit.*, 103 e ss., secondo il quale la rettifica funge da strumento di dosaggio degli interessi in gioco: da un lato, quello dell'errante all'annullamento e, dall'altro lato, quello della controparte

parti, in caso di contratto a titolo oneroso: al riguardo, la norma è stata invocata, anche, come elemento centrale del sistema ermeneutico contrattuale, da chi ne ha intravisto le potenzialità per aprire al potere del Giudice di rimodellare il contratto secondo un proprio ideale di equità e giustizia⁸⁴, in contrasto, quindi, con il principio di affidamento e di autonomia privata⁸⁵, quale precipitato di un più generale canone o principio di equità e sostanziale giustizia dei rapporti contrattuali⁸⁶.

Per molto tempo, d'altronde la giurisprudenza ha affermato che le regole di interpretazione del contratto, di cui agli artt. 1362 e ss. c.c.

al mantenimento del contratto, seppur modificato, sicchè l'art. 1432 c.c. costituirebbe la ricerca del punto di equilibrio tra interessi in funzione della conservazione del rapporto contrattuale. Per quanto in questa sede di interesse, peraltro, la norma viene in esame in relazione alla riconducibilità dell'offerta modificativa ad una finalità di garanzia delle esigenze di giustizia delle ragioni dello scambio. Secondo altri, tale finalità sarebbe esclusa dal meccanismo stesso della norma, nella misura in cui, pur a fronte dell'idoneità (in astratto) della modifica a garantire l'equità dello scambio, se ne constatasse la contemporanea incapacità ad impedire l'annullamento, in mancanza di un interesse, attuale e concreto, dell'errante al mantenimento del contratto: U. PERFETTI, *op. cit.*, 105; In particolare, il pregiudizio che impedisce la rettifica atterrebbe non al piano programmatico, ma a quello effettuale esterno e successivo al contratto, concernendo l'attuazione del regolamento di interessi, così, E. QUADRI, *La rettifica*, cit., 27; sicchè l'eventuale riequilibrio delle ragioni dello scambio nulla direbbe di per sé ai fini di impedire l'annullamento ove non si accompagnasse al persistente interesse della parte al negozio, con ciò dimostrando non essere il primo o quantomeno solo il primo oggetto della tutela orientata U. PERFETTI, *op. cit.*, 105.

Si rammentano, poi, gli artt. 1537, 1538 e 1664 c.c. che disciplinano situazioni in cui viene in gioco la misura dello scambio fissata dai contraenti, quale limite il cui superamento, in aumento o diminuzione, giustifica il riequilibrio e, quindi, anche quale parametro per il riequilibrio stesso: i rimedi in questione non interverrebbero, però, a riequilibrare in astratto un contratto squilibrato *ab origine*, ma si limiterebbero a riportare il rapporto in equilibrio rispetto a quanto pattuito dalle parti, similmente a quanto rilevato per il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Di talchè anche tali norme non sarebbero idonee a giustificare l'idea di un principio immanente di giustizia sostanziale del contratto. U. PERFETTI, *op. cit.*, 107.

⁸⁴ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 236 e nota 1; si vedano anche E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, (teoria generale e dogmatica), II ed., riveduta e ampliata a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1971, 422; nonché E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, in Trattato di diritto civile, diretto da Vassalli, XV, 2 Torino, 1960, 365; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 326.

⁸⁵ C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile, Premesse teoriche*, Padova, 1959, 205.

⁸⁶ Si vedano, C. DIONISI, *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Lezione decima, 6; V. PIETROBON, *Errore, volontà* cit., 111 ss, come richiamato da U. PERFETTI, *op. cit.*, 109, nota 167. Si veda poi, L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in Il codice civile commentario diretto da P. SCHELSINGER, artt. 1362.1371, Milano, 1991, 360, che valorizza il collegamento tra artt. 1371 e 1326 c.c. sicchè al contemperamento di interessi ex art. 1371, sul piano quantitativo, si associa il controllo qualitativo circa la conformità a buona fede del risultato contrattuale.

seguono un rigoroso principio gerarchico, per cui le disposizioni concernenti i criteri c.d. “soggettivi” (art. da 1362 a 1365 c.c.) precedono quelli “oggettivi” (da 1366 a 1371), con esclusione dell’applicabilità di questi ultimi quando emerga palese la comune volontà delle parti.⁸⁷

Sull’evoluzione di tale orientamento e sui conseguenti riflessi sulla materia in esame ci si soffermerà in seguito.

In dottrina, si è rilevato che, ferma restando l’inapplicabilità della norma in caso di una “oscurità” realmente impenetrabile⁸⁸, finendosi in tal caso non per interpretare, ma per rielaborare il materiale predisposto dalle parti⁸⁹, occorre che si tratti di un regolamento dubbio, dal quale comunque sia possibile evincere un pur scarso assetto di interessi⁹⁰ e il contemperamento di detti interessi dovrà avvenire sulla scorta dell’equilibrio (anche laddove si tratti di disequilibrio) voluto dalle parti.⁹¹

⁸⁷ Cass. civ., 14 ottobre 2003, n. 15371, in *Giust. civ. mass.*, 2003, fasc. 10; Cass., 4 giugno 2002, n. 8080, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1863; Cass. civ., 2 aprile 2002, n. 4680, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 568.

⁸⁸ Il contratto indecifrabile difficilmente potendo essere considerato “contratto” o comunque un contratto valido: si veda F. CARRESI, *Interpretazione del contratto*, in *Commentario del codice civile*, Scialoja e Branca, libro quarto: delle obbligazioni, artt. 1362-1371, Bologna-Roma, 1992, 143.

⁸⁹ N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 4, 1145

⁹⁰ Si vedano sulla questione, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., 306 e ss.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, 475 e 476.

⁹¹ In tal senso, M. BESSONE – V. ROPPO, *Equità interpretativa*, cit., 254; G. ALPA, *L’interpretazione del contratto, I, Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, a cura di G. ALPA, Milano, 1983, 322. A sostegno di tale tesi viene, altresì, richiamata la conclusione contenuta nella relazione al Re (n. 626) per la quale con l’art. 1371 c.c. <<non si è voluto attribuire al giudice un potere generale di revisione dei contratti, né si è voluto introdurre il principio dell’equilibrio contrattuale>>. Secondo altri, invece, l’art. 1371 c.c., superando i limiti interni dell’accordo contrattuale, sarebbe finalizzato, nell’impossibilità di determinare compiutamente la volontà reale, la ricostruzione più equa del rapporto, in via sostanzialmente presuntiva. Si vedano sull’argomento V. RIZZO, *L’interpretazione*, cit., 493; V. SIMI, *Il favore dell’ordinamento giuridico per i lavoratori*, Milano, 1967, 231 e 232; M. COSTANZA, *Profili dell’interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, 67; contra U. PERFETTI, *op. cit.*, 113 nota 1798 secondo il quale in tal modo si oblitera il rilievo degli “interessi” da contemperare per espressa previsione della norma in esame.

Infine, un accenno al problema della irrescindibilità della transazione, ex art. 1970 c.c.: al riguardo, pur dovendosi escludere la natura aleatoria in senso tecnico del contratto di transazione⁹², la *ratio* dell'esclusione di tale istituto dall'ambito applicativo della transazione è stata spiegata per la difficoltà di applicare un meccanismo giuridico come quello della rescissione ad una fattispecie nella quale le determinazioni negoziali delle parti sono fondate su un dato incerto non solo oggettivamente, ma anche soggettivamente, ovvero la possibile soluzione giudiziale della res litigiosa.

In questo senso, infatti, per valutare un'eventuale lesione *ab origine* bisognerebbe considerare il rapporto tra le reciproche concessioni che le parti si fanno, da un lato, e le reciproche pretese e contestazioni e più precisamente la proiezione che ciascuna di esse ha della propria situazione giuridica in contesa, laddove, però, ciò imporrebbe al giudice non solo di dover accertare cosa le parti abbiano inteso valutare, ma anche il contenuto delle rispettive pretese, che, ad esempio nelle controversie non ancora insorte potrebbe non essere chiaro o dimostrabile. In questo caso, quindi, viene in gioco una rappresentazione soggettiva della res litigiosa da parte dei contraenti il cui accertamento non potrebbe nemmeno misurarsi sull'effettiva fondatezza della pretesa "a monte" e di essa le singole parti potrebbero avere una percezione del tutto opposta di talchè non potrebbe ottenersi una valutazione a questo riguardo unitaria sulla scorta della quale

⁹² In quanto nessuna incertezza del risultato economico caratterizza il contratto transattivo, dato che le attribuzioni patrimoniali, da un lato, costituiscono il risultato della valutazione di una situazione di cui sono noti a ciascuna parte i termini economico/giuridici caratterizzanti, e, dall'altro lato, non dipendono, con riferimento alla loro misura, da un evento futuro ed incerto specificato nello stesso contratto: l'esito della lite, infatti, è un antecedente logico, esterno alla transazione. In tal senso, U. PERFETTI, *op. cit.*, 118 e ss.; contra, F. CARNELUTTI, *Transazione e eccessiva onerosità*, in Riv. dir. e proc., 1955, 85 e ss.

procedere ad una comparazione con quella determinata dalla transazione⁹³.

In tal senso, quindi, si tratta di norma apparentemente ininfluenza sul tema in questa sede trattato.

3. Le fattispecie extracodicistiche.

Vanno ora esaminati alcuni istituti introdotti dalla legislazione speciale di ambivalente utilizzo nell'ambito della tematica in esame.

In primo luogo, è opportuno ricordare l'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192 (c.d. legge sulla subfornitura).

La norma, rubricata "abuso di dipendenza economica"⁹⁴, vieta espressamente <<l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche

⁹³ Si veda al riguardo, U. PERFETTI, *op. cit.*, 120 e ss., il quale d'altronde, pur ammettendo che <<l'irrescindibilità della transazione per causa di lesione lungi dal prospettare un'ipotesi di indifferenza dell'ordinamento al modo di esplicarsi dell'autonomia privata sul terreno della giustizia del contratto, segnala, piuttosto, un caso di incapacità di operare siffatto ipotetico intervento, quand'anche lo si volesse, incapacità dipendente dalla stessa funzione e modo d'essere del negozio transattivo>>, conclude affermando che <<seppur giustificabile in tal modo la disciplina positiva denuncia l'esistenza di un significativo ambito negoziale in cui l'autonomia delle parti mostra uno statuto speciale che l'affranca da qualsiasi controllo contenutistico sulla giustizia delle ragioni dello scambio, anche nelle ipotesi estreme in cui lo squilibrio assuma in contorni di quello lesionario>>.

⁹⁴ In materia si vedano, tra gli altri, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004; R. CATALANO, *Note sull'art. 9 l. 18 giugno 1998 n. 192: l'ambito del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Dir. e giur.*, 2007; A. BOSO Caretta, *Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica*, con nota a Trib. Torre Annunziata - C. Stabia, 30 marzo 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 350; P. FABBIO, *Osservazioni sull'ambito d'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 902; U. PERFETTI, *op. cit.*, 136 ss..

della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti>>.

Conseguenza del divieto è che <<il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo>>.

Dall'insieme dei precetti sopra esposti emerge chiaramente come la fattispecie in esame trovi una sua precisa e specifica applicazione nell'ambito dei rapporti contrattuali, in questo senso differenziandosi dalla disciplina di cui alla c.d. "legge antitrust", l. 10 ottobre 1990, n. 287⁹⁵.

Si tratta di una norma limitativa dell'autonomia contrattuale finalizzata ad evitare che attraverso la predisposizione unilaterale del regolamento negoziale da parte di un soggetto imprenditore dotato di una particolare forza sul mercato, quest'ultimo finisca per imporre condizioni generali di contratto e clausole vessatorie determinanti un rapporto contrattuale fortemente squilibrato a danno dell'impresa aderente impossibilità o comunque in evidente difficoltà a sottrarsi ad una contrattazione gravosa in buona sostanza per l'impossibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

L'abuso può consistere tanto nell'imposizione di condizioni discriminatorie o ingiustificatamente gravose⁹⁶, in quanto non adoperate per preservare l'interesse del predisponente alla uniformità e celerità dei rapporti contrattuali, bensì per avvantaggiare la sua posizione contrattuale, approfittando dell'impossibilità per l'aderente di rifiutare,

⁹⁵ Nella segnalazione dell'AGCM 10 febbraio 1998, in bollettino 5/98, si legge che la norma contiene una regola specifica della disciplina dei rapporti contrattuali che per ovvie ragioni non può trovare la sua *sedes* naturale nella legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato". Da qui la tendenza a mantenere le due discipline su due terreni distinti: quello contrattuale, la prima, e quello della concorrenza, la seconda. Per tutti, su tale aspetto, cfr.: P. NEBBIA, *La subfornitura industriale*, in *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, in Trattato dei Contratti diretto da Rescigno e Gabrielli, vol. 17, Torino, 2011, 752 s.; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 1999, 2, 196.

⁹⁶ Peraltro, secondo P. NEBBIA, *op. cit.*, 755, il riferimento alle condizioni ingiustificatamente gravose è ridondante perché il concetto è già compreso in quello di squilibrio.

quanto nel comportamento incidente sulla libertà dell'impresa "debole" di contrarre, sia sotto il profilo del rifiuto di vendere o di comprare che della interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

Il rifiuto a proseguire nel rapporto, in particolare, si associa all'affidamento dell'impresa "debole" sulla continuazione del rapporto e il cui diniego potrebbe pesare sulle sorti dell'attività, in quanto la stessa si trova nella difficoltà di trovare alternative contrattuali ugualmente soddisfacenti in tempi brevi.⁹⁷

Rilevante è, poi, la sanzione di nullità comminata dal comma 3 dell'art. 9 in esame, in quanto introduce un rimedio "radicale" nei confronti di quello che, a ben vedere, è un comportamento scorretto a fronte del quale il legislatore ha inteso imporre una sanzione che incide direttamente sull'atto negoziale, il contenuto del quale è la diretta conseguenza del comportamento medesimo.⁹⁸

La previsione di un rimedio così radicale, si giustifica in relazione ai due poli fondamentali indicati dalla norma, da un lato, lo squilibrio dei diritti ed obblighi e, dall'altro lato, la posizione di "debolezza economica" della quale si "approfitta" l'impresa "dominante".

Si tratta, quindi, di una fattispecie che involge il settore dei c.d. contratti asimmetrici, in questo caso tra imprese.

Sotto il profilo soggettivo, l'art. 9 si rivolge alle "imprese" (dominanti) e alle "imprese clienti o fornitrici", con una latitudine testuale non espressamente limitata all'orizzonte applicativo del contratto di

⁹⁷ Finendo, secondo alcuni, nel fondare un generale obbligo a contrarre nell'interesse dell'impresa in condizione di dipendenza economica, così A. FRIGNANI, *op. cit.*, 197, che ravvisa un obbligo a contrarre nel divieto del rifiuto di vendere o comprare.

⁹⁸ In mancanza di una indicazione precisa, a differenza cioè delle previsioni consumeristiche di cui agli artt. 33 e ss., d.lgs. n. 206 del 2005, la dottrina si è interrogata in ordine alla natura della nullità in questione, con soluzioni che tendono ora a ricondurla nell'alveo delle nullità di protezione, ora nella sfera della nullità generale. Per una sintesi delle varie posizioni si vedano, tra gli altri, P. NEBBIA, *La subfornitura industriale*, cit., 755 ss.; L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto?*, in *Contratti*, 7, 2016, 719 ss.

subfornitura, ma estendibile all'intero contesto dei rapporti contrattuali tra imprese.

Di qui l'opinione dottrinale secondo la quale l'art. 9 darebbe luogo ad una clausola generale di abuso di potere contrattuale nelle relazioni negoziali fra imprese⁹⁹.

In questo senso, quindi, la norma contemplerebbe tutti i rapporti contrattuali relativi ad una impresa che, in termini generali, e non, quindi, legati al solo contratto di subfornitura, ha bisogno di un bene o servizio ovvero che eroga la prestazione di dare o fare.

La giurisprudenza più recente, ha ritenuto, quindi, di condividere questa impostazione, affermando che «l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente

⁹⁹ In questo senso, si vedano: R. CASO E R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in Riv. dir. priv., 1998; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98*, cit., 189; G. OPPO, *Principi*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2001, 72; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in Riv. dir. civ., 2005, I, 663; P. NEBBIA, *La subfornitura industriale*, cit., 755; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, 297; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999. Seppur considerata come clausola generale, la disposizione viene però limitata, da alcuni autori, ai rapporti verticali tra imprese con funzione produttiva o distributiva e non anche a quelli orizzontali. Tra questi, si vedano: G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contratti*, 1998, 411 ss.; G. SBISÀ, *Controllo contrattuale esterno, direzione unitaria e abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2015, 820. Peraltro, F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in Riv. dir. civ., 2005, I, 667, ha suggerito di superare l'apparente contraddizione tra i concetti di abuso e di autonomia negoziale, in favore della individuazione di una regola volta a reprimere i comportamenti abusivi nell'esercizio dell'autonomia privata, con riferimento ai rapporti contrattuali tra imprese.

che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998. Poiché l'abuso in questione si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di "rapporti commerciali", esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto, tant'è che il comma terzo dell'art. 9 cit. statuisce la nullità del "patto che realizza l'abuso" di dipendenza economica¹⁰⁰.

Sotto il profilo oggettivo, come detto, elemento rilevante della fattispecie in esame è l' "eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi", da un lato, e la condizione di debolezza dell'impresa cliente o fornitrice, quale determinata anche dall'impossibilità di reperire alternative soddisfacenti sul mercato.

Lo squilibrio oggetto della disposizione, quindi, è di tipo "normativo" nel senso che il rimedio previsto dalla stessa si applica in relazione ad uno sbilanciamento dei diritti e degli obblighi e non del valore patrimoniale delle prestazioni che concorrono a determinare il contenuto e la causa del contratto¹⁰¹.

D'altronde, come già accennato, la distinzione in parola è da ritenersi poco pregnante in termini generali, in quanto uno squilibrio normativo determina, comunque, un'incidenza sul grado di esposizione economica della parte contrattuale a danno della quale grava lo squilibrio, non potendosi certamente limitare la verifica dell'equilibrio economico del contratto alle sole prestazioni "caratteristiche", nel senso di caratterizzanti il tipo, del negozio in questione.

Come si dirà più ampiamente nel prosieguo, infatti, la causa concreta del contratto e, quindi, la reale dimensione economica dell'operazione

¹⁰⁰ Cass., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giust. civ.*, 2013, 3-4, I, 739; *Giur. it.*, 10, 2012, 2054. In precedenza, nella giurisprudenza di merito, ad affermare il carattere non generale della disposizione in esame, sono state, tra le altre, Trib. Roma 17 marzo 2010 (ivi, I, 255); Trib. Roma 19 febbraio 2010; Trib. Roma 24 settembre 2009; e Trib. Roma 5 maggio 2009 (ivi, I, 256); Trib. Roma, 12 settembre 2002, 16 agosto 2002; 20 maggio 2002 e Trib. Bari, 2 luglio 2002, tutte in *Foro it.*, 2002, 3207, con nota di Palmieri, *Abuso di dipendenza economica: dal caso limite alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*.

¹⁰¹ In questo senso, A. FRIGNANI, *op. cit.*, 196.

contrattuale può essere accertata solo tenendo conto dell'insieme "normativo" cioè della integrale regolamentazione del rapporto negoziale così come strutturato dalle parti.

A questo proposito, anche recentemente in giurisprudenza è stato sottolineato che «in tema di contratto di fornitura, l'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della l. n. 192 del 1998, è nozione indeterminata il cui accertamento postula l'enucleazione della causa concreta della singola operazione che il complessivo regolamento negoziale realizza, secondo un criterio teleologico di valutazione, in via di fatto, della liceità dell'interesse in vista del quale il comportamento è stato tenuto; nell'applicazione della norma è pertanto necessario: 1) quanto alla sussistenza della situazione di "dipendenza economica", indagare se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia "eccessivo", essendo il contraente che lo subisce privo di reali alternative economiche sul mercato (p. es., perché impossibilitato a differenziare agevolmente la propria attività o per avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto); 2) quanto all'"abuso", indagare la condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero l'intenzionalità di una vessazione perpetrata sull'altra impresa, in vista di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell'impresa dominante (quale, p. es., modificare le proprie strategie di espansione, adattare il tipo o la quantità di prodotto, o anche spuntare migliori condizioni), mirando la condotta soltanto ad appropriarsi del margine di profitto altrui».

In questo senso, quindi, l'art. 9, l. n. 192 del 1998, detta una clausola generale applicabile al diritto dei contratti tra imprese¹⁰², in primo

¹⁰² Si pensi, per cercare di contestualizzare la norma in relazione a specifici casi pratici, alla c.d. dipendenza "da assortimento", nel caso in cui l'impresa di distribuzione commerciale abbia la necessità, per un assortimento competitivo, di uno o più articoli di marca particolarmente apprezzati dal pubblico, ovvero, nel caso di impresa fornitrice di servizi di assistenza e riparazione, rispetto ai produttori del prodotto principale, posto che questi ultimi controllano di regola anche il mercato derivato dei ricambi originali; parimenti, si pensi alla situazione di dipendenza "da

luogo, concorrendo con altre discipline speciali alla tutela della libertà di impresa e della funzionalità del mercato e della concorrenza¹⁰³; in secondo luogo, costituendo un'ideale “*pendant*” con la disciplina a tutela del consumatore¹⁰⁴, a tutela di tutti quei soggetti “deboli” perché comunque “danneggiati” nella contrattazione da una asimmetria che a seconda della fattispecie in considerazione può assumere contenuti e forme differenti.

Peraltro, la dottrina¹⁰⁵ ha per lo più ritenuto non estendibile in termini generali (cioè all'intero sistema contrattuale, anche di diritto comune) i principi dell'art. 9, l. n. 192 del 1998, e, ancor prima che dalla norma in esame si potesse ricavare una spia della tendenza legislativa a salvaguardare la giustizia delle ragioni di scambio.

Ciò sull'assunto che per “innescare” il rimedio dell'art. 9 in esame occorre il superamento di una soglia di attenzione normativamente concretizzata nella dipendenza economica del partner contrattuale, diagnosticata dall'astratta possibilità di determinare uno squilibrio eccessivo di diritti ed obblighi, conseguenza di una posizione di dominanza relativa dell'impresa avvantaggiata. Ciò rappresenta la preconditione perché possa avere rilievo una successiva e distinta condotta che a sua volta, per essere illegittima, deve potersi qualificare come abusiva, tale potendosi considerare solo se si sostanzia nel far acquisire al contraente avvantaggiato condizioni contrattuali di favore, gravose, ma, all'un tempo non giustificate dall'economia e dalla logica del contratto.

rapporti commerciali” dell'impresa che, in ragione degli investimenti compiuti, della durata della relazione con la controparte, ed in genere per il fatto di essersi concentrata su di una certa relazione commerciale, ne diventa “prigioniera”, per non perdere l'investimento iniziale fatto.

¹⁰³ Come nel caso della già citata legge c.d. antritrust.

¹⁰⁴ Le cui linee interpretative e applicative da parte della giurisprudenza anche comunitaria nel corso del tempo, come vedremo, sono andate estendendosi ed ampliandosi sotto diversi profili.

¹⁰⁵ Si veda U. PERFETTI, *op. cit.*, 136 e ss., e relativi richiami dottrinali.

D'altronde, l'istituto in esame, alla luce dell'interpretazione "generalizzante", da un lato, e "focalizzata" rispetto alla causa concreta del contratto, dall'altra, fornita dalla giurisprudenza e più sopra ricordata, si inserisce in un sistema complesso, di cui si darà conto nel prosieguo, nell'ambito del quale unitamente ad altri elementi dei quali si dirà nel prosieguo, emerge come il sindacato dell'equilibrio economico-normativo del contratto costituisca un elemento sempre più valorizzato in sede giudiziale, sia nella sua oggettività, sia in correlazione ad un concetto sempre più ampio di "asimmetria rilevante", a fronte del quale le obiezioni della dottrina sopra ricordate, non assumono un effetto dissuasivo.

Viene, poi, in esame il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, che ha dato attuazione alla direttiva del Consiglio e del Parlamento europei del 29.6.2000 (n. 2000/35/CE) relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

L'art. 7, nella versione precedente alle modifiche operate dal d.lgs. n. 192 del 2012, prevedeva che l'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, fosse nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risultasse gravemente iniquo in danno del creditore.

In particolare, la norma considerava gravemente iniquo l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, avesse come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponesse ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi.

Inoltre, la disposizione attribuiva al giudice il potere, anche d'ufficio, non solo di dichiarare la nullità dell'accordo, ma, avuto riguardo

all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, anche di applicare i termini legali (e ciò in applicazione della norma generale di cui all'art. 1339 c.c.) ovvero di ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo medesimo.

Quindi, era specificamente attribuito un potenziale potere “manipolativo” in capo al giudice.

Anche in relazione a tale norma, quindi, vi è chi, come per il caso dell'art. 9, l. n. 192 del 1998, ha valorizzato una nuova apertura nel senso dell'ammissibilità del controllo giudiziale sul contenuto economico del contratto finalizzato a negare tutela agli assetti negoziali caratterizzati da una sproporzione eccessiva¹⁰⁶. In particolare, vi è chi ha valorizzato la norma in questione come la precedente come “spia” dell'esistenza di un generale principio di “proporzionalità” tra le prestazioni.¹⁰⁷

D'altronde, parte della dottrina, così come con riguardo all'art. 9 l. n. 192 del 1998, ne ha voluto mettere in risalto la collocazione settoriale in quanto disposizione rivolta agli imprenditori finalizzata non a garantire una giustizia sostanziale con riguardo all'equità dei corrispettivi, ma a dotare il giudice di uno strumento idoneo a tutelare esclusivamente l'efficienza del mercato raggiunta tramite la garanzia di certezza dei

¹⁰⁶ A. D'AMATO, *Contratto e reato*, in Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato”, diretto da P. Perlingieri, 2003, 29.

¹⁰⁷ P. PERLINGIERI, “Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1646 ss.; ID., *Equilibrio normativo*, cit., 334 ss.; N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto*, 2016, 235 ss., il quale richiama, in proposito, anche il pensiero di Leonardo Coviello; ID., *Le categorie del diritto civile*, Milano 2013, 155 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli 2004, 88 ss. e 184 ss.; M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1252 s.; ID., “*Me nages à trois*”: la correzione giudiziale dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 179 ss.. Peraltro, va ricordato che l'art. 62, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, ha esplicitamente introdotto il riferimento al “principio di proporzionalità e corrispettività” delle prestazioni, altresì vietando, nelle relazioni commerciali tra operatori economici, compresi i contratti della filiera agro-alimentare ai quali si riferisce espressamente, di imporre condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose.

costi e di effettività dei pagamenti, strumentali ad impedire effetti distorsivi sulla concorrenza¹⁰⁸.

Con la norma, cioè, si intenderebbe impedire le distorsioni concorrenziali dipendenti dall'(ab)uso da parte dell'impresa degli esiti del proprio inadempimento il cui costo, negoziato in termini convenienti (per sé, e iniqui per l'altra parte) con la clausola disciplinante le conseguenze dell'inadempimento, o del ritardo, potrebbe essere preferito rispetto al costo (ad esempio) dell'indebitamento bancario necessario ad effettuare il pagamento, senza con ciò "toccare" in alcun modo l'aspetto della possibile iniquità dell'accordo concernente il corrispettivo.

A seguito della modifica operata dall'art. 1, comma 1, lettera g), d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192 e, successivamente, dall'art. 3, comma 1-terdecies, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12, l'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002¹⁰⁹ prevede che le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile.

Il comma 2 prevede che il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli

¹⁰⁸ Si tratta cioè di discipline il cui ambito di applicazione è limitato al campo "macroeconomico" del rapporto tra imprese in condizioni di asimmetria di potere contrattuale, senza che possa riconoscersi alle stesse idoneità ad esprimere principi generali o, se si preferisce, di diritto comune: in questo senso, tra gli altri, S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, in Nuova giur. civ. comm., 2015, II, 747 ss.

¹⁰⁹ Si veda sulla nuova normativa, A.M. BENEDETTI-S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino 2013,

interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero.

La disposizione, poi, precisa che deve considerarsi “gravemente iniqua” la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora, escludendo la c.d. prova contraria.

Invece, si presume gravemente iniqua la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all'art. 6.

Inoltre, il comma 7 bis, quindi, (recante “Le prassi inique”) ha stabilito che <<le prassi relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, quando risultano gravemente inique per il creditore, danno diritto al risarcimento del danno. 2. Il giudice accerta che una prassi è gravemente iniqua tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 7, comma 2. 3. Si considera gravemente iniqua la prassi che esclude l'applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria. 4. Si presume che sia gravemente iniqua la prassi che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all'articolo 6>>.

La nuova norma, quindi, da un lato, fa un esplicito riferimento al principio di buona fede e correttezza in termini sostanzialmente “oggettivi” (perché legata alla “prassi commerciale” nella sua oggettività) e “non soggettivi” (cioè non si riferisce ai comportamenti delle parti), ai fini della valutazione di nullità della clausola, e più in generale consente al giudice di valutare “l'iniquità” della clausola sulla scorta di elementi di natura, come detto, oggettiva, non venendo in gioco ulteriori presupposti come l'approfittamento di una situazione di debolezza; dall'altro lato, però, il legislatore ha “sottratto” al giudice il potere di “manipolare” il contenuto contrattuale limitando l'intervento dello stesso al mero rimedio caducatorio-sostitutivo generale (quello cioè fondato sull'applicazione degli artt. 1339-1419 c.c. richiamati dalla norma medesima), con ciò certamente depotenziando l'effetto innovativo della disposizione originaria.

In materia di usura, invece, occorre rammentare che, ai sensi dell'art. 1815, comma 2 c.c., «se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi».

La legge 7 marzo 1996, n. 108, c.d. legge anti-usura¹¹⁰, ha novellato l'art. 644 c.p.¹¹¹ stabilendo che è punito con la reclusione chiunque si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, interessi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità.

Gli interessi sono da considerare usurari o quando superano il limite determinato dal Ministero dell'Economia sulla base dell'art. 2 della stessa (usura c.d. oggettiva o in astratto) ovvero quando, benché inferiori a tale limite, chi li dà o li promette si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria ed il tasso convenuto risulti comunque sproporzionato rispetto alla controprestazione, considerando le caratteristiche della fattispecie concreta ed il tasso medio di operazioni simili (usura c.d. soggettiva o in concreto).

Infine, vi è la c.d. “usura reale”¹¹², riferita alla dazione non di denaro, ma di “altri vantaggi o compensi”, in rapporto ai quali sono versati gli interessi o compensi usurari. La norma consente, dunque, di includere nella fattispecie della usura una serie estesa di ipotesi, ove la sproporzione si annida in schemi negoziali come la vendita, le

¹¹⁰ Sulla quale, G. ALPA, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in Nuova giur. civ. comm., 1996, II, 181; G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, in Contr., 1996, 3, 223; F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in Riv. dir. comm., 1997, I, 771; G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in Riv. dir. civ., 1999, I, 533; E. QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in Corr. giur., 1999, 7, 890; E. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, in I contratti per l'impresa a cura di Gitti-Maugeri-Notari, II, Banca, mercati, società, Bologna, 2012, 25; N. RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.3, 2018, 359 ss.

¹¹¹ Con finalità di ordine pubblico di protezione (del contraente debole) e, al contempo, anche di direzione (del mercato del credito) e di repressione (della c.d. criminalità economica): in tal senso, A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in Riv. dir. civ., 2001, 353, nello specifico 357 ss.

¹¹² Al riguardo, si veda G.E. NAPOLI, *La rinnovata fisionomia della rescissione per lesione*, Napoli 2018, 227 ss.; ID., *Usura reale e rescissione per lesione*, in Riv. dir. civ., 2004, I, 414 ss.

prestazioni professionali, la locazione contro corrispettivi abnormi, in generale la prestazione di servizi e la dazione di beni, etc...

Anche in questo caso, il riferimento alla “sproporzione”, evidentemente correlato all’aspetto strettamente economico delle prestazioni dedotte in contratto, si pone come possibile riferimento per una valorizzazione e l’enucleazione di un principio di proporzionalità delle prestazioni.

D’altronde, anche in tal caso, la dottrina ha sottolineato che l’interesse dell’ordinamento è il corretto esercizio dell’attività creditizia e finanziaria, nonché la genuinità e trasparenza dei relativi meccanismi; si tratta, cioè, della tutela di un interesse pubblico settoriale che giustifica la posizione di «un limite normativo alla disponibilità del patrimonio individuale»¹¹³, rappresentando il superamento del limite un indizio del malfunzionamento del mercato creditizio individuato come bene giuridico da proteggere e del quale va salvaguardata la funzione sociale. Resterebbe fuori da questa prospettiva, quindi, qualsiasi intento di protezione di una parte contro lo squilibrio del sinallagma.

Inoltre, il comma 3 dell’articolo appena menzionato, precisa che il carattere usurario della prestazione è riscontrabile quando essa, in ragione della concreta modalità del fatto o del corrispettivo praticato in operazioni similari, appare sproporzionata rispetto all’altra prestazione, richiedendo, altresì, che il contraente che subisce l’usura si trovi “in condizioni di difficoltà economica e finanziaria”.

Il legislatore penale, dunque, contempla e sanziona uno squilibrio tra le prestazioni anche *infra dimidium*¹¹⁴ purché, però, il contraente “debole”

¹¹³ P. DE ANGELIS, *Usura*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1994, 4.2.

¹¹⁴ Il quale, come più sopra ricordato, costituisce il requisito oggettivo di esperibilità dell’azione di rescissione per lesione. Al riguardo, si vedano anche, G.E. NAPOLI, *La rinnovata fisionomia cit.*, 240 ss.; ID., *Usura reale*, cit., 416 ss.; G. OPPO, *Lo “squilibrio” contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in Riv. dir. civ., 1999, I, 539 ss.; A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova 2002, 169 ss. e, ampiamente, M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale (Contributo allo studio della nullità)*, Milano 2000, 262 ss., la quale avanza una soluzione fondata su una modulazione della tutela sulla base di tre possibili alternative: “l’annullabilità del contratto quando in relazione all’attività svolta dall’usurario sussistano in concreto gli

si trovi in una specifica e particolare situazione soggettiva, caratterizzata dalla difficoltà economica e finanziaria.

La vulnerabilità economica e finanziaria del contraente tutelato, quindi, ponendosi come elemento presupposto necessariamente ulteriore rispetto alla sproporzione economica in sé e per sé, connoterebbe in modo così evidente la fattispecie impedendole di svolgere una funzione sistematica rilevante al fine di sostenere la sussistenza di un generale ed oggettivo principio di equilibrio economico contrattuale.

elementi del dolo o della violenza; la rescissione nell'ipotesi di lesione *ultra dimidium*, e il solo risarcimento del danno in caso di lesione *infra dimidium*".

CAPITOLO III
I CONTRATTI DEL CONSUMATORE E IL TERZO
CONTRATTO.

SOMMARIO: 1. I Contratti del consumatore; 2. Il Terzo contratto.

1. I Contratti del consumatore¹¹⁵.

¹¹⁵ In materia si vedano, tra gli altri: P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. Perlingieri – E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Rende-Napoli, 2005; E. CAPOBIANCO - G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009; G. ALPA, *Il codice del consumo. Il commento*, in *Contratti*, 2005; ID., *I diritti dei consumatori e il “Codice del consumo” nell’esperienza italiana*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006; ID., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista, Treviso, 23-24-25.3.2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 6; R. ANGELINI, *Art. 18. Definizioni*, in V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, 2^a ed., Milano, 2008; C.M. BIANCA (a cura di), *La vendita di beni di consumo. Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Padova, 2006; R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l’argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. impr./Eur.*, 2003; ID., *Tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim.*, 2004; ID., *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. ec.*, dir. da F. Galgano, XXXIV, Padova, 2005; ID., *Il Codice del consumo tra «consolidazione» di leggi e autonomia privata*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006; C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano, 2007; E. CESARO, *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, 4^aed., Padova, 2007; G. CHINÈ, *Il consumatore*, in N. Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, I, 2^a ed., Padova, 2003; ID., *La nozione di consumatore nel diritto vivente*, in ALPA - CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato*, Padova, 2007; V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2006; G. D CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo». Un’occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005; ID., *Il «Codice del consumo»*, in *Nuova leg. civ. Comm.*, 2006; F. GALGANO, *Un codice per il consumo*, in *Vita not.*, 2007; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in A. Gentili (a cura di), *I rimedi*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, IV, Milano, 2006, 485 ss.; ID., *Codice del consumo*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Aggiornamento, III, 1681, Torino, 2007; A. PALMIERI, *Alla (vana?) ricerca del consumatore ideale*, in *Foro it.*, 2005, I; A. PALMIERI, *Arriva il codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra addii e innovazioni*, in *Foro it.*, 2006, V; S. PATTI, *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II; ID., *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, in F.D. Busnelli (a cura di) *Il codice civile. Commentario*, Milano,

La legge 6 febbraio 1996, n. 52 (c.d. legge comunitaria 1994) ha dato attuazione alla Direttiva CEE 93/13 concernente le clausole abusive nei contratti dei consumatori, inserendo nel Titolo II del Libro IV del codice civile un nuovo Capo, il XIV-bis, rubricato appunto “Dei contratti del consumatore”, disciplina poi trasfusa quasi interamente – ad eccezione del solo art. 1469 *bis* c.c. il cui contenuto è peraltro mutato – negli artt. 33-38 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo).

Il legislatore ha approntato un complesso sistema di tutele ¹¹⁶ che consente di operare un controllo sostanziale e “contenutistico” dei contratti stipulati tra i professionisti/imprenditori, da un lato, e i consumatori dall’altro, sull’assunto presuntivo della strutturale

2003, 1071; N. REICH, *Il consumatore come cittadino – Il cittadino come consumatore: riflessioni sull’attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell’Unione europea*, in Nuova giur. civ. comm., 2004, II; L. ROSSI CARLEO, *Art. 3, Definizioni, comma 1, lett. f), codice*, in G. Alpa – L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005; ID., *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006; P. STANZIONE – G. SCIANCALEPORE, *Commentario del codice del consumo*, Trieste, 2006; P. STANZIONE - A. MUSIO, *La tutela del consumatore*, Vol. XXX, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2009; G. VILLANACCI (a cura di), *Manuale del diritto dei consumi*, Napoli, 2007. v. RIZZO, *Le clausole “abusive”: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 582, ss.; AA. VV., *Commentario al Capo XIV Bis del Codice Civile: Dei contratti del consumatore, Art. 1469-bis – 1469-sexies*, in *Nuove leggi civili commentate*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 1999; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 2001; G. ALPA E S. PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore, Art. 1469 bis – 1469 sexies*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, Milano, 2003; A. SCARPELLO, *Le clausole vessatorie*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014, 603 ss.

¹¹⁶ Attraverso la previsione di rimedi strettamente contrattuali, con la disciplina della nullità di protezione, collettivi, con la previsione dell’azione inibitoria, e di rilievo pubblicistico come nel caso dell’art. 37 bis. Ciò al fine di rendere sostanziale e, quindi, più penetrante la tutela rispetto a quella meramente formale approntata dagli artt. 1341 e 1342 c.c. in materia di condizioni generali di contratto e clausole onerose, in modo da contrastare efficacemente l’abuso del potere di autonomia contrattuale di impresa e il potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale.

condizione di debolezza in cui versano questi ultimi, determinata dall'ontologica asimmetria informativa e di potere contrattuale¹¹⁷ che lo distingue dal professionista/imprenditore che agisce nell'esercizio della sua attività professionale.¹¹⁸

Ai fini del presente lavoro è opportuno sottolineare una serie di elementi caratteristici della disciplina in questione e dell'evoluzione interpretativa offerta dalla giurisprudenza sia interna che comunitaria.

Ribadito che l'elemento presupposto e al contempo consustanziale della fattispecie è l'asimmetria ontologica che il legislatore (comunitario e, di conseguenza, quello italiano) ritiene sussistere tra il professionista/imprenditore e il consumatore, l'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 206 del 2005, prevede che nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista 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.

Il comma 2, poi, prevede una serie di ipotetiche clausole contrattuali in relazione alle quali il legislatore indica una presunzione di vessatorietà fino a prova contraria.¹¹⁹

¹¹⁷ Ciò rende difficoltosa sia la piena comprensione di tutti gli aspetti del regolamento contrattuale sia la partecipazione effettiva all'elaborazione e predisposizione delle regole contrattuali.

¹¹⁸ Proprio questa inversione di prospettiva, rispetto ai contratti di diritto comune, ha portato alla definizione di "secondo contratto" per i contratti dei consumatori, i negozi del primo contratto essendo quelli che, inerendo la mera applicazione del diritto comune dei contratti, presumono la condizione di perfetta parità contrattuale tra le parti negoziali.

¹¹⁹ L'art. 36, comma 2, poi, disciplina la c.d. "black list" ovvero una serie di clausole per le quali la vessatorietà e la conseguente nullità è prevista *iuris et de iure*,

Quindi, la disciplina è rivolta a fornire tutela avente ad oggetto specificamente aspetti contenutistici del contratto, in quanto suscettibili di un giudizio di “vessatorietà” in conformità alla disciplina speciale.

Il carattere vessatorio della clausola va ricondotto all’effetto squilibrante che la stessa apporta nell’ambito del regolamento contrattuale, nel senso che deve determinare un “significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”.

L’art. 34 esclude la vessatorietà tanto delle clausole che riproducono disposizioni di legge¹²⁰ ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell’Unione europea o l’Unione europea stessa ¹²¹, quanto delle clausole o degli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale (cioè in relazione ai quali al consumatore sia stato consentito di intervenire nella

quantunque, cioè, oggetto di trattativa, qualora abbiano per oggetto o per effetto di: a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un’omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un’altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; c) prevedere l’adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

¹²⁰ Non a caso, secondo la CGUE l’accertamento dell’assenza di una norma imperativa e giustificativa è il primo “*step*” del ragionamento giudiziale: si veda CGUE 20 settembre 2017, n. C-186/16, in juscivile.it.

¹²¹ In conformità al principio di non contraddizione, non potendo il legislatore al tempo stesso imporre una clausola e considerarla vessatoria. Si tratta di norma applicativa dell’art. 1, comma 2 della direttiva 93/13/CE, in ordine al quale la CGUE con la pronuncia indicata nella nota che precede, ha sottolineato la necessità di procedere ad una interpretazione restrittiva attesa la natura eccezionale e derogatoria della regola generale in punto vessatorietà.

formulazione della clausola¹²²). Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.

Ai sensi del comma 1, poi, la vessatorietà di una 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 alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende.

L'art. 34, comma 2 stabilisce che la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, ne' all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile¹²³. Al riguardo, la previsione si associa a quella più generale di cui all'art. 35

¹²² La trattativa, in particolare, deve avere i requisiti della individualità, serietà ed effettività: così Cass. civ., 20 marzo 2010, n. 6802, in Foro it., 2010, 9, I, 2442; Cass. civ., 26 settembre 2008, n. 24262, in Foro it., 2008, 12, I, 3528, con nota di R. Pardolesi.

¹²³ Norma applicativa dell'art. 4, comma 2, della direttiva 93/13/CEE. La dottrina italiana prevalente (A, BARENGHI, SIRENA,) ritiene che, non essendo ammissibile un sindacato sulla determinazione dell'oggetto del contratto o sulla proporzione delle prestazioni corrispettive, il controllo sulle clausole "strettamente economiche" deve limitarsi a quelle che solo in apparenza attengono all'oggetto del contratto al rapporto tra le prestazioni che, in realtà, individuano elementi normativi del contratto. In senso parzialmente diverso altri (PAGLIANTINI) opinano che il controllo, abilitato dalla disposizione in caso di carenza dei requisiti di chiarezza e comprensibilità non è il controllo contenutistico di vessatorietà, ma un controllo di mera trasparenza. Altri (F..R. BUSNELLA infine, sostengono; l'ammissibilità di un sindacato di merito sulla clausola.

comma 1, in forza della quale nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile.

A questo proposito è interessante ricordare che la Corte di Giustizia, con sentenza 9 luglio 2015, C-348/14 ha sottolineato che il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista con particolare riferimento al grado di informazione. Di conseguenza, ad avviso della Corte di Giustizia, una clausola può ritenersi formulata in maniera chiara e comprensibile quando consenta ad un consumatore medio di valutare le conseguenze derivanti dalla clausola stessa.¹²⁴

Ciò, evidentemente, tenuto conto del fatto che ciò che incide sull'asimmetria contrattuale nel caso del consumatore è, in primo luogo, la mancanza di elementi sufficienti a comprendere la complessità del rapporto che la clausola concorre a determinare, con conseguente squilibrio economico.

In questo senso, quindi, come sottolineato dalla decisione, «le informazioni, prima della conclusione di un contratto, in merito alle condizioni contrattuali ed alle conseguenze di detta conclusione, sono, per un consumatore, di fondamentale importanza. È segnatamente in

¹²⁴ Con particolare riferimento al caso analizzato dalla pronuncia, se la clausola di un contratto di mutuo che definisce l'oggetto del contratto consenta al mutuatario di calcolare il costo totale del credito).

base a tali informazioni che quest'ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dai professionista>>.

Conseguenza di tale impostazione è che nella fase delle trattative precontrattuali, il professionista dovrà rendere al consumatore tutte le informazioni necessarie affinché quest'ultimo comprenda tutti gli obblighi, le spese e i rischi connessi al finanziamento.

In questo modo, quindi, la Corte ha accolto un'interpretazione estensiva della previsione di cui all'art. 34, comma 2 (più precisamente dell'art. 4, comma 2, della direttiva 93/13/CEE) considerando anche l'informativa precontrattuale, stabilendo, in particolare, che la prescrizione secondo cui una clausola contrattuale attinente all'oggetto principale del contratto, per andare esente dal sindacato di vessatorietà, deve essere formulata in modo chiaro e comprensibile, presuppone, nel caso dei contratti di credito, che il finanziatore fornisca al mutuatario tutte le informazioni¹²⁵ necessarie a consentirgli di assumere decisioni (e il riferimento è, ovviamente, alla decisione di prestare il consenso necessario ai fini della conclusione del contratto) "con prudenza e in piena cognizione di causa".

¹²⁵ L'importanza degli obblighi informativi in ottica di riduzione dell'asimmetria di potere contrattuale è stata in particolare enfatizzata in alcuni settori come nell'ambito dei rapporti bancari e finanziari. In tal senso, si possono ricordare gli artt. 116 e 117 t.u.b., il primo inerente alla pubblicità sui tassi di interesse praticati, sui prezzi e sulle condizioni economiche, il secondo disciplinando le conseguenze dell'assenza di tali elementi nel contratto concluso tra banca e cliente; poi va ricordato l'art. 21 t.u.f., che prevede il dovere in capo agli intermediari finanziari di "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati".

E' rilevante sottolineare come la ricostruzione predetta non determini un'invalidità della clausola quale mera conseguenza diretta dell'inadempimento di un obbligo informativo, ma in considerazione dell'effetto che tale inadempimento, in quanto inerente un elemento fondamentale di riduzione dell'asimmetria, ha in concreto avuto nella capacità di comprensione dell'operazione da parte del consumatore impedendo a quest'ultimo di ponderare adeguatamente l'utilità o convenienza economica della stessa.

Ai sensi dell'art. 36, comma 1, le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto. In forza del comma 3, la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

La previsione della nullità di protezione¹²⁶, consente di rendere effettiva la tutela, al contrario garantita solo formalmente dagli artt. 1341 e 1342 c.c., in una fattispecie nella quale la sottoscrizione del contratto e delle clausole si presenta come un elemento, da un lato, inidoneo a dimostrare l'esistenza di un consenso serio ed effettivo, e dall'altro, inevitabile e necessitato in considerazione della debolezza contrattuale

¹²⁶ Tale istituto non è l'unico strumento di tutela individuale, specie con riguardo alle violazioni dei doveri di informazione, in vario modo le diverse discipline di derivazione comunitaria attribuendo al consumatore il potere, ad es., di sciogliersi unilateralmente dal contratto a determinate condizioni, in forza di previsioni di *ius poenitendi* libero, non motivato e senza penali, come nel caso di contratti a distanza, contratti conclusi fuori dei locali commerciali, contratti di credito al consumo (si vedano gli artt. 125 *ter* e 125 *quater* T.U.B.). Si tratta di soluzioni giustificate dalla necessità di tutelare il consumatore dai rischi di natura economica derivanti da una scelta contrattuale non adeguatamente ponderata.

del consumatore, posto che la clausola è vessatoria proprio in quanto sottoscritta senza un'effettiva trattativa pregressa.

Si tratta di una nullità relativa, a solo beneficio del consumatore, e parziale essendo *ex lege* limitata alla sola clausola e non potendosi estendere all'intero contratto.¹²⁷

La Corte di Giustizia¹²⁸, al riguardo, ha chiarito che l'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE impone al giudice nazionale di limitarsi a disapplicare la clausola incriminata, non potendo provvedere alla sua sostituzione di diritto con una simile, meno gravosa. Ciò in quanto l'esercizio di un potere "correttivo" del contenuto della clausola minerebbe l'effetto dissuasivo derivante dalla sua disapplicazione, che intende scoraggiare il professionista dal suo utilizzo, così come dall'impiego di clausole simili, nei rapporti contrattuali futuri¹²⁹, con conseguente accentuazione della funzione preventiva e, in termini latini, "erga omnes" della tutela in questione¹³⁰.

¹²⁷ In materia si vedano, G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in Riv. Dir. Priv., 2004, 861 e ss.; G. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in Riv. Dir. Civ., 2005, 464 e ss., G. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, 25 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in Riv. Dir. Civ. 2008, 5, 15 ss

¹²⁸ Corte di Giustizia UE, sez. I, 14 giugno 2012, n. C-618/10, in Contratti, 2013, 1, 16 ss. Conforme: Collegio arbitrale di Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415, in Contratti, 2014, 8/9, 737.

¹²⁹ Si veda C. DALIA, *La procedura di conciliazione per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori in materia di clausole abusive*, in *Persona e mercato*, 4, 2014, 25 ss; ID., *A proposito di abuso di autonomia contrattuale di impresa*, in www.comparazionedirittocivile.it, 9-10.

¹³⁰ La funzione preventiva è finalizzata ad indurre il professionista ad espungere quella regola dai suoi moduli o formulari futuri, ed è vieppiù rafforzata dalla previsione dell'azione inibitoria collettiva (di cui all'art. 37 cod. cons.), e dall'art. 37

Si tratta, quindi, di un divieto non finalizzato, a ben vedere, a tutelare l'autonomia negoziale, ma, al contrario ad evitare che gli effetti "restrittivi" della disciplina consumeristica possano essere ridotti o messi nel nulla.

Secondo una tesi¹³¹, la disciplina consumeristica non giustificherebbe la possibilità di un controllo della convenienza ed opportunità dell'affare come dimostrato anche dal fatto che è prevista l'esclusione dalla tutela quando la clausola sia stata negoziata individualmente, perché ciò starebbe a significare che anche un contratto ingiusto è vincolante e irrettabile pur quando una parte sia il consumatore, sicché non sarebbe consentito un sindacato dell'equilibrio contrattuale, sotto il profilo strettamente economico, più intenso rispetto a quanto previsto dal codice civile. Ciò in quanto, lo squilibrio idoneo ad integrare la vessatorietà richiesta dalla norma riguarda diritti ed obblighi, come tale avendo natura meramente normativa; inoltre, come detto, l'art. 34 comma 2, esplicita la tendenziale irrilevanza dello squilibrio economico, escludendo espressamente che la valutazione del carattere vessatorio possa riguardare la determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo.

D'altronde, a quanto sopra detto è possibile replicare, per un verso, che la previsione dell'art. 34 comma 2, non espunge in toto la rilevanza

bis del codice del consumo, che apporta una forma di controllo amministrativo delle clausole abusive adoperate nei confronti del consumatore, mediante la dichiarazione di vessatorietà da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

¹³¹ U. PERFETTI, op. cit., 189 ss.

dell'equilibrio economico perché l'eccezione, cioè, l'irrelevanza dello squilibrio in tanto opera in quanto l'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo siano identificati in modo chiaro e comprensibile, in mancanza potendo le relative clausole essere tacciate di vessatorietà e conseguente nullità di protezione ex art. 36; per altro verso, occorre sottolineare come, in termini generali, il sindacato sull'equilibrio economico involge l'intera operazione contrattuale e non il mero rapporto di corrispettività tra le prestazioni "qualificanti" l'operazione contrattuale; infine, come detto, uno squilibrio normativo in termini generali non può non riverberare i propri effetti anche sul piano dell'equilibrio economico.

A riprova di ciò infatti, l'art. 33, comma 2, lett. o) stabilisce la natura presuntivamente vessatoria della clausola che consente al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto.

E' evidente che una tale clausola non solo incide sull'equilibrio normativo, ma ha un effetto direttamente determinante anche sull'equilibrio economico del contratto.

Il fatto, poi, che la trattativa individuale sia idonea a superare il carattere vessatorio della clausola non contraddice l'idea che il giudice possa intervenire sull'equilibrio del contratto in caso di sproporzione tra

l'insieme degli elementi di natura economica che caratterizzano l'operazione negoziale.

Da un lato, infatti, la trattativa, come si è detto, deve essere caratterizzata da individualità, serietà ed effettività, il che, sommato agli obblighi informativi che caratterizzano la normativa consumeristica porta a ritenere che il legislatore europeo e quello nazionale intendano privare della tutela “speciale” solo il consumatore la cui condizione sia sostanzialmente simmetrica a quella del professionista imprenditore in una misura che, a ben vedere, è ben più assoluta di quella presupposta dalla normativa codicistica in caso, ad es., di rescissione, perché presuppone che il consumatore abbia l'effettiva possibilità di incidere consapevolmente ed effettivamente sulla stesura della norma, il che implica anche, in capo al consumatore, la sussistenza di una idonea informazione e conoscenza dei diversi aspetti dell'operazione economica e un sostanziale pari potere contrattuale.

Dall'altro lato, il fatto che non sia applicabile la disciplina speciale non esclude che il consumatore possa accedere a quella ordinaria la quale come si dirà nel prosieguo ha visto un progredire della sensibilità giurisprudenziale in ordine all'effettivo intervento del giudice nella “gestione” dell'equilibrio contrattuale.

Del resto che la tendenza giurisprudenziale sia generalmente ampliativa in nome del principio di effettività della tutela, lo si riscontra anche dall'esame dell'evoluzione interpretativa del concetto di “consumatore”

Al riguardo, viene in rilievo un concetto “normativo” di consumatore, in quanto strettamente precisato dal legislatore comunitario.

In particolare, per la normativa comunitaria, come recepita nell’ordinamento italiano, consumatore è quel soggetto <<persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta>>. ¹³²

¹³² Fermo restando che tanto la giurisprudenza comunitaria (CGUE, 22.11.2001, C-451/99) che quella costituzionale italiana (C. Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in Foro it., 2003, I, 332, con nota di A. PLAIA), hanno escluso l’applicabilità della tutela consumeristica alle persone giuridiche ed enti collettivi, occorrendo una disposizione *ad hoc* nelle leggi di recepimento delle direttive europee, il concetto <<scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta>> è stato oggetto di contrasto dottrinale e giurisprudenziale. Secondo un orientamento dottrinale minoritario, la norma farebbe riferimento alle finalità soggettive perseguite dalla parte interessata al bene (o al servizio); un secondo orientamento, seguito talvolta dalla giurisprudenza di merito, (Trib. Roma, 20 ottobre 1999), si fonda invece sulla distinzione tra "atti relativi alla professione" e "atti della professione", nel primo caso venendo in gioco l’acquisto di beni e servizi per i quali occorre verificare se attraverso di essi si siano realizzati obiettivi professionali ovvero esigenze di carattere personale o familiare, laddove, in caso di "atti della 'professione", non può mai venire in gioco la qualifica di consumatore poiché per mezzo di essi il contraente realizza univocamente gli interessi della sua attività imprenditoriale o professionale. Infine, l’orientamento seguito dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti, valorizza le caratteristiche oggettive dell’operazione negoziale, incentrando l’indagine sulle caratteristiche del bene oggetto del contratto e sulla destinazione funzionale dello stesso al soddisfacimento di bisogni privati (personali o familiari) ovvero di esigenze professionali.

In dottrina si tende ad attribuire un significato più ampio, ricomprendendovi anche colui che compie acquisti in vista di una futura attività commerciale come il piccolo imprenditore inesperto oppure un professionista – ad. es. medico o avvocato – che agisce nell’ambito della propria attività lavorativa in qualità di consumatore. Si tratta di soggetti intrinsecamente più deboli quanto a potere contrattuale nei rapporti con un professionista.

Con riguardo, ai c.d. “contratti misti o a finalità mista”, quelli cioè stipulati da un soggetto per soddisfare esigenze, al contempo, di carattere personale e professionale, poi, la CGUE ha accolto il c.d. criterio della prevalenza, ancorchè in funzione “restrittiva”. Infatti, ha escluso l’applicabilità della normativa di protezione nei confronti dei soggetti che agiscano per scopi sia professionali che personali, salvo che i primi non assumano una valenza talmente residuale da risultare, in concreto, irrilevanti (sentenza 20 gennaio 2005, causa C-464/01). Per contro, esaminando il considerando 17 della direttiva n. 83/2011 (sui diritti dei consumatori) e il considerando n. 18 dir. n. 11/2013 UE (sulle Alternative Dispute Resolution) si evince una tendenza a voler “ampliare” leggermente la tutela anche in caso di contratti “misti” qualificando come consumatore la persona fisica ogniqualvolta lo scopo commerciale perseguito attraverso il negozio stipulato sia così limitato da non risultare "predominante nel contesto generale". Contrasti giurisprudenziali si sono

Per quanto questa sede di interesse, va sottolineato che il concetto di “consumatore” è andato via via ampliandosi nell’applicazione ed interpretazione giurisprudenziale comunitaria e nazionale.

Sotto il primo profilo, la Corte di Giustizia, con pronuncia 3 settembre 2015, C-110/14 ¹³³, nel decidere in ordine all'abusività di una clausola inserita in un contratto di credito, al quale accede una garanzia ipotecaria concessa dallo studio legale del mutuatario, ha affermato che lo svolgimento di un'attività professionale-intellettuale come quella dell'avvocato non preclude la possibilità di agire in veste di consumatore, allorché lo stesso stipuli un negozio privo di collegamento con l'esercizio della professione legale, versando in una situazione di inferiorità e debolezza rispetto alla controparte.

In particolare, secondo il ragionamento della Corte, il professionista beneficiario di un credito per finalità estranee alla professione sulla scorta di un contratto le cui condizioni sono state predisposte unilateralmente dalla banca, non perde la propria veste di “consumatore” né in ragione della propria “qualità professionale”, né in considerazione dell’accessoria garanzia ipotecaria ancorché concessa dallo “studio legale” di cui è titolare.

registrati, poi, con riguardo alla figura del “fideiussore” non professionista che garantisce un’operazione negoziale strumentale alla professione del garantito (fattispecie sulla quale si è pronunciata CGUE 3 settembre 2015, C-110/14) e alla figura del Condominio (in ordine al quale si è recentemente pronunciata CGUE sentenza 2 aprile 2020, causa C-329/19).

¹³³ Con nota di M. INTRAVALIA, *Il restyling della nozione di consumatore*, in Nuova giur. civ. comm., 2016, 3, 385-389.

In altre parole, una persona fisica che eserciti la professione di avvocato e stipuli con una banca un contratto di credito nel quale lo scopo del credito non sia specificato, può essere considerata un «consumatore», qualora un simile contratto non sia legato funzionalmente all'attività professionale esercitata.

La circostanza che il credito sorto dal contratto sia garantito da un'ipoteca concessa da tale persona in qualità di rappresentante del suo studio legale e gravante su beni destinati all'esercizio della sua attività professionale, quale un immobile appartenente a detto studio legale, non è rilevante.

Con riguardo al contratto di fideiussione, la giurisprudenza comunitaria¹³⁴ rileva che il contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che esso garantisce¹³⁵, si presenta, dal punto di vista delle parti contraenti, come un contratto distinto in quanto è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. E' dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito¹³⁶.

La Corte di Cassazione ha di recente affermato che «nel contratto di fideiussione, i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina

¹³⁴ CGUE 14 settembre 2016, n. 534.

¹³⁵ CGUE 17 marzo 1998, Dietzinger, C45/96, EU:C:1998:111, punto 18.

¹³⁶ Ordinanza del 19 novembre 2015, C-74/15, punto 26.

consumeristica devono essere valutati con riferimento alle parti di esso, senza considerare il contratto principale, come affermato dalla giurisprudenza unionale (CGUE, 19 novembre 2015, in causa C-74/15, Tarcau, e 14 settembre 2016, in causa C-534/15 , Dumitras), dovendo pertanto ritenersi consumatore il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità estranee alla stessa, nel senso che la prestazione della fideiussione non deve costituire atto espressivo di tale attività, né essere strettamente funzionale al suo svolgimento (cd. atti strumentali in senso proprio)>>¹³⁷.

In via generale, poi, la Corte di Cassazione, sempre di recente, ha sottolineato che <<in tema di contratti del consumatore, ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui al vecchio testo dell'art. 1469 bis c.c. (ora art. 33 del Codice del consumo, approvato con d.lgs. n. 206 del 2005), la qualifica di consumatore spetta solo alle persone fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice consumatore soltanto allorché concluda un contratto per la

¹³⁷ Cass. civ., 16 gennaio 2020 , n. 742, in Giust. civ. mass., 2020: la decisione conferma la posizione già espressa, seppure in via minoritaria da altre precedenti pronunce tra le quali è opportuno rammentare Cass. civ., 13 dicembre 2018, n. 32225, in Giust. civ. mass., 2019. Altra giurisprudenza ha affermato, diversamente, che <<all'obbligazione garantita deve riferirsi il requisito della qualità di consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita>> (*ex plurimis*, Cass. 05 dicembre 2016, n. 24846, in Giust. civ. mass., 2017; Cass. civ., 29 novembre 2011, n. 25212, in Dir. e Giust. online, 2011, con nota di S. BORTOLOTTI, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*).

soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività; correlativamente devono essere considerate professionisti tanto la persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica sia privata, che utilizzino il contratto non necessariamente nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, ma per uno scopo connesso all'attività imprenditoriale o professionale>>.¹³⁸

Come si evince da quanto sin qui esposto, emerge la tendenza ad “ampliare” l’ambito applicativo anche soggettivo della tutela consumeristica tanto che la stessa e con essa, quindi, il potere del Giudice di intervenire in modo incisivo sull’equilibrio contrattuale “originario”, vengono ad acquisire un carattere di “ordinarietà progressiva”, venendo sempre meno in rilievo la natura “speciale” della normativa in questione.

2. Il Terzo contratto.

Anche nei rapporti tra imprenditori è possibile che una delle imprese assuma la posizione di “parte debole” del contratto.

Si tratta del c.d. “terzo contratto”¹³⁹ o “B2B” (business to business), concernente i rapporti contrattuali intercorrenti tra due imprenditori, che

¹³⁸ Cass. civ., 26 marzo 2019, n. 8419, in Giust. civ. mass., 2019.

¹³⁹ A partire dagli anni '80 si è rilevato come in relazione a tutta una serie di contratti che si andavano affermando nella pratica, la disciplina comune non fosse adeguata, distanza acuita dalla disciplina speciale che via via è andata stratificandosi, in particolare sulla spinta del legislatore comunitario. Da qui la prima evidente rottura è

ancorché tali, vengono a trovarsi in posizione di asimmetria uno rispetto all'altro.¹⁴⁰

Quando si fa riferimento al c.d. terzo contratto, nell'ottica del presente lavoro, si richiama un complesso di normative tra le quali è opportuno ricordare non solo le disposizioni sull'abuso di posizione dominante di cui all'art. 9, l. n. 192 del 1998, già esaminato in precedenza¹⁴¹, e la nullità delle transazioni commerciali con condizioni gravemente inique (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2002), parimenti più sopra citata, ma anche la disciplina sull'affiliazione commerciale (l. n. 129/2004), nonché l'art. 62, d. l. n. 1 del 2012, in tema di rapporti agroalimentari.

Si tratta di tipologie di rapporti soggetti, in punto di squilibrio, a principi e logiche particolari e ciò in relazione alla natura parimenti

stata determinata dalla disciplina consumeristica, che ha portato alla distinzione tra "primo contratto", quello fondato sulla disciplina "comune" codicistica, fondata su una asserita perfetta simmetria tra contraenti e "secondo contratto", negoziato tra professionista e consumatore, quest'ultimo soggetto istituzionalmente debole e quindi in posizione di asimmetrica contrattuale.

¹⁴⁰ Sul tema, G. GITTI-V. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna 2008, nonché R. PARDOLESI, *Prefazione a G. Colangelo, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti (Un'analisi economica e comparata)*, Torino 2004, XI ss. e *Conclusioni*, in *Il terzo contratto*, cit., 345 e ss., in cui si richiamano, come cornice normativa, le disposizioni legislative sull'abuso di dipendenza economica, ex art. 9, l. n. 192 del 1998; il meccanismo (nullità dell'accordo gravemente iniquo, applicazione dei termini legali o riconduzione ad equità) previsto dall'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002, in tema di ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali e la durata minima del rapporto di cui all'art. 3, l. n. 129 del 2004 sul contratto di franchising. In senso contrario alla ricostruzione autonoma di questa categoria di contratti, assimilabile, invece, alla generale categoria dei contratti asimmetrici, v. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 e ss.

¹⁴¹ In ordine al quale si rammenta come le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la pronuncia 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 805, abbia definitivamente affermato l'applicabilità della norma a tutti i rapporti tra imprese, operando la subfornitura in modo trasversale rispetto alle varie figure contrattuali potendo, quindi, incidere su qualsiasi tipo contrattuale.

imprenditoriale ancorchè asimmetrica, quanto a potere contrattuale, delle parti negoziali.

In questi casi, di cui in parte abbiamo già fatto cenno, a differenza del c.d. “secondo contratto”, tendenzialmente la disuguaglianza nasce non da una carenza informativa o dall’assenza di trattative, ma dalla situazione di dipendenza economica (o di dominanza relativa) in cui un soggetto viene a trovarsi rispetto all’altro.¹⁴²

Per vero, quanto previsto dall’art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002 sopra esaminato, prescinde dalla posizione di debolezza del creditore, potendo, quest’ultimo, invocare la speciale tutela al ricorrere delle condizioni oggettive previste dalla norma, che come detto sanziona e conferisce il potere al giudice di intervenire sull’equilibrio economico del contratto così come sottoscritto dalle parti.

La l. n. 129 del 2004, relativa al c.d. “franchising”, poi, è volta a tutelare il franchisee che entra a far parte della rete del franchisor

¹⁴² Tale forma di dipendenza spesso trae origine da un rapporto contrattuale nell’ambito del quale un’impresa viene a effettuare investimenti specifici non facilmente riconvertibili in altre attività, così esponendosi al rischio di subire condizioni ingiustamente inique, pur di evitare che quel rapporto contrattuale venga interrotto, con sostanziale perdita dell’investimento. Ciò avviene, in particolare, in caso di contratti di durata, in relazione ai quali si possono porre problemi di incompletezza del contenuto contrattuale o la necessità di rinegoziazione in caso di sopravvenienze. In questo senso, ad esempio, l’art. 3, comma 3, l. n. 129 del 2004 prevede che, <<qualora il contratto sia a tempo determinato, l’affiliante dovrà continuare a garantire all’affiliato una durata minima sufficiente all’ammortamento dell’investimento e comunque non inferiore a tre anni>>.

In questo senso, si è già detto che l’art. 9, l. n. 192 del 1998 è norma di respiro generale che si inserisce in un contesto di generale ampio di tutela della “debolezza” delle parti contrattuali. Peraltro, come si dirà più avanti, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 20106 del 2009, ha ritenuto, a prescindere dall’applicabilità dell’art. 9, l. n. 192 del 1998, ammissibile un sindacato giurisdizionale sul legittimo esercizio di un recesso *ad nutum*, valorizzando la clausola generale di buona fede nell’esecuzione del contratto interpretata quale sostanziale ipotesi del principio costituzionale di solidarietà sociale ex art. 2 Cost.

prescrivendo un contenuto informativo minimo all'interno del contratto e una durata del rapporto tale da consentire all'affiliato di ammortizzare gli investimenti specifici imposti per essere incluso nel canale distributivo.

Con riferimento, poi, all'art. 62, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 , convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, la norma prevede che <<i>contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, sono stipulati obbligatoriamente in forma scritta e indicano la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento. I contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti>>.

Il comma secondo comma, poi, precisa che « nelle relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1 », « è vietato imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose », avuto particolare riguardo — come ha puntualizzato il d.m. attuativo, 19-10-2012 n. 199

— a quelli connotati da un « significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza negoziale ». ¹⁴³

La norma ¹⁴⁴ assume un evidente rilievo ai fini del presente lavoro se solo si considera, da un lato, l'indicazione espressa del principio di “proporzionalità e reciproca corrispettività” delle prestazioni nell'ambito di contratti aventi ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, dall'altro lato, che essa si rivolge alle operazioni economiche che non concernono il consumatore finale, ma gli imprenditori, pur sempre collocati, tra loro, in posizione ritenuta di asimmetria dal legislatore. ¹⁴⁵

¹⁴³ Per un esame critico della norma, si vedano A. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Annuario del contratto* 2015, Torino, 2016, 1 s., ove anche raffronti con la disciplina sull'abuso di dipendenza economica ex art. 9 l. 192/1998 (ibidem, 17 s.); anche S. PAGLIANTINI, *Il “pasticcio” dell'art. 62, l. n. 21/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto - Saggi*, a cura di G. D'Amico-S. Pagliantini, Torino 2013, 195 s.

¹⁴⁴ In ordine alla quale, nei limiti del presente lavoro, non è possibile procedere ad una più diffusa analisi.

¹⁴⁵ Al riguardo, recentemente, C. App. Trento, 27/05/2019, n. 62 ha affermato che <<in tema di cessione di prodotti agricoli e agro-alimentari, il vincolo della forma previsto dall'art. 62 del d.l. 1/2012 opera quale elemento non strutturale ma piuttosto funzionale del contratto. Esso, cioè, è preordinato alla tutela del contraente debole mediante la sua informazione e ciò sull'assunto che egli sia pregiudicato dalla fisiologica asimmetria della sua posizione sul mercato. Preso atto della funzione di tipo conoscitivo a tutela del contraente debole assolta dal formalismo di protezione è evidente la differenza di ratio rispetto allo schema codicistico della forma ad substantiam. Questa è volta a garantire la certezza sia delle dichiarazioni contenute nel documento contrattuale, sia della riconducibilità di tali dichiarazioni ai loro sottoscrittori. Tale finalità viene raggiunta con il duplice requisito della scrittura privata e della firma del contraente. La specificità della disciplina applicabile al caso oggetto di giudizio è data, invece, dal fatto che ai fini informativi il contenuto del contratto ha rilevanza centrale mentre rimangono secondarie le modalità di esteriorizzazione della volontà. In sintesi, dunque, vale distinguere il documento, come formalizzazione e certezza del regolamento negoziale, dall'accordo>>.

CAPITOLO IV

L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI CAUSA DEL CONTRATTO E I POTERE DI INTERVENTO DEL GIUDICE.

SOMMARIO: 1. In via generale; 2. Causa in astratto e causa in concreto; 3. Il problema della meritevolezza; 4. La causa di solidarietà; 5. Causa concreta e nuove tecnologie: cenni.

1. In via generale.¹⁴⁶

L'art. 1325, n. 2, c.c. indica, tra gli elementi essenziali del contratto, la causa¹⁴⁷, fondamento giustificativo della rilevanza e della tutela

¹⁴⁶ Sul tema si rinvia, tra gli altri, a R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in Trattato di diritto civile, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1961, 122; G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 22 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 593 ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, 105 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, 172 ss.; E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, voce, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 32 ss.; M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, voce, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 232 ss.; V. SCALISI, *Negozio astratto*, voce, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 52 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.; M. BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1098 ss.; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, voce, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; A. CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 223 ss.; G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, 18 ss.; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, 209 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015.

¹⁴⁷ Definita «oggetto vago e misterioso» da F. FERRARA JR., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, 127. La relazione al codice civile chiariva che la causa del contratto <<non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto>>, <<ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata>>; pertanto, la funzione

giuridica del contratto, nonché criterio d'interpretazione e di qualificazione del medesimo¹⁴⁸

La mancanza o l'illiceità della causa sono motivo di nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418, comma 2 c.c.¹⁴⁹

Venuta meno l'autosufficienza del potere di autodeterminazione negoziale¹⁵⁰ la causa si pone come strumento di controllo dell'operazione negoziale.¹⁵¹

Come sottolineato¹⁵², in tutti gli ordinamenti occidentali, si ritrova un principio, il quale, in linea di massima, esclude che la nuda volontà individuale possa produrre trasferimenti della ricchezza in assenza di una giustificazione, la si chiami causa o “*consideration*”. Nessun testo

del contratto <<deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dell'art. 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela>>.

¹⁴⁸ P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Causa*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 8a ed., 2017, p. 488. Afferma espressamente la rilevanza della causa concreta sull'interpretazione del contratto Cass. civ., 22 novembre 2016, n. 23701, in *Foro it.* on line.

¹⁴⁹ E' stato accolto, quindi, il c.d. principio della causalità negoziale che, dettato in sede contrattuale, opera anche per i negozi unilaterali in forza sia dell'applicazione agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, nei limiti della «compatibilità», delle norme che regolamentano i contratti, *ex art.* 1324 c.c., sia dell'esclusione del carattere vincolante di una promessa (art. 1988 c.c.) sostanzialmente “astratta” dalla causa: si veda C. DIONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, rist. 2010, *passim*.

¹⁵⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2006, 322 ss

¹⁵¹ La causa manifesta «l'ipostatizzazione del giudizio al quale l'ordinamento sottopone il contratto per attribuire ad esso forza di legge, la trasformazione in una “sostanza” [...] dell'apprezzamento cui l'ordinamento subordina la concessione del proprio presidio coercitivo alla pretesa che ciascuna delle parti di un accordo può rivolgere all'altra». Pertanto, la definizione della causa si risolve «(a) nella/e funzione/i alla/e quale/i questo giudizio è de-putato, (b) nel/i parametro/i secondo cui questo giudizio deve essere implementato e (c) nella determinazione di quel che secondo tale/i parametro/i deve essere giudicato», così M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 147.

¹⁵² M. BARCELLONA, *Un'altra complessità, l'orizzonte europeo e i problemi della causa*, *Juscivile*, 2016, 5, 362 e 363

normativo, che sia ascrivibile ad una fonte europea o sovranazionale, ha mai escluso esplicitamente che questo principio possa ancora albergare negli ordinamenti nazionali ed annoverarsi tra i “requisiti” del contratto. Ciononostante si assiste ormai da tempo ad un afflato pragmatico e sostanzialista finalizzato alla soppressione¹⁵³ del principio causalistico¹⁵⁴ per affermare l’appiattimento della causa sull’accordo/volontà¹⁵⁵ o sul contenuto¹⁵⁶.

¹⁵³ G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003, 100 ss.; G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. di A. Fusaro, Milano, 1989; U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, t. III, a cura di G. Alpa, U. Breccia, A. Liserre, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, Torino, 1999, 86.

¹⁵⁴ Il riferimento va sia ai Principles of International Commercial Contracts, ai Principles of European Contract Law, al Draft Common Frame of Reference, sia alla recente riforma del code civil francese a seguito dell’ordonnance n. 2016 – 131 du 10 février 2016, (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*) sui quali si tornerà più avanti. Sulla questione della tendenza in atto nell’ambito degli ordinamenti di *civil law* si veda, altresì, L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, in *Atti del Congresso internazionale ARISTEC*, Palermo 7-8 giugno 1995, Torino, 1995, passim; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contratto e impresa*, 2007, 2 ss.; C. CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa, Prefazione ai Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, ed. italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, XXVI; G.B. FERRI, *L’«invisibile» presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 897 ss.; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto*, cit., 100 ss.; G.B. FERRI, *L’accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Milano, 2007, 458 ss.; A. DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell’Unidroit*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, 292; M. NUZZO, *La causa*, in *Il diritto europeo dei contratti d’impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, 195 ss.

¹⁵⁵ G. DE NOVA, *La causa*, in R. Sacco e G. De nova, *Il contratto*, t. I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, III ed., Torino, 2004, 782; A. ALBANESE, *Prestazione gratuita, spirito di liberalità e vantaggi indesiderati (il problema degli scambi imposti)*, in *Contr. e impr.*, 2007, 498; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, 77 ss.; P. BARCELONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozi e giusta causa dell’attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, I, 21; F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, Padova, 1994, 52 ss.

¹⁵⁶ M. GIROLAMI, *L’artificio della causa contractus*, cit., 209 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

Per contro, va dato conto di altro orientamento¹⁵⁷ il quale non solo valorizza, ma riconduce alla causa aspetti che interessano l'esercizio dell'autonomia privata nella determinazione dei contenuti patrimoniali del contratto o meglio dell'operazione a cui esso inerisce¹⁵⁸, «che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano»¹⁵⁹.

In questo senso, come si dirà anche nel prosieguo, la giurisprudenza finisce in concreto per sindacare l'equilibrio economico originario dello scambio proprio in riferimento alla causa: ad es., pur riconoscendo che il contratto di scambio che contempra un prezzo "irrisorio" – non meramente simbolico, non serio – non possa essere di per sé invalidato per mancanza di causa, ritiene che il profilo concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni afferisca «all'interpretazione della volontà dei contraenti e all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto»¹⁶⁰. Il rapporto quantitativo tra le prestazioni,

¹⁵⁷ Si veda U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 241 ss.

¹⁵⁸ Su tale concetto si rinvia a E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 103 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 207 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, 6-7.

¹⁵⁹ E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, II ed., Torino, 2006, 49.

¹⁶⁰ Cass. civ., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, 503, con nota di M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il "prezzo vile": giudizio causale e trasparenza negoziale*; in *Giur. it.*, 2016, I, 835, con nota di M. RIZZUTI, *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*; in *I Contratti*, 2016, 559 ss. con

quindi, viene inserito nella struttura del contratto, bastando una sproporzione, anche soltanto sospetta, per consegnare l'atto di autonomia all'interprete affinché ne ridefinisca la sua identità strutturale¹⁶¹.

Della causa del contratto, quindi, v'è ragione di trattare quando è in discussione la sua giustificazione concreta, certamente ricostruita all'esito di un'indagine interpretativa condotta con coscienza ermeneutica, facendo luce su ciò che le parti hanno realmente voluto perseguire, sull'interesse che quel contratto è obiettivamente volto a realizzare¹⁶².

Ciò in quanto sempre e comunque la causa, in tutte le sue differenti rappresentazioni, è sempre stata considerata come un presidio predisposto dall'ordinamento al fine di consentire l'accesso alla dimensione del giuridicamente rilevante esclusivamente ad atti di volontà meritevoli di tutela ¹⁶³.

nota di S. FOTI, *Squilibrio iniziale tra le prestazioni e nullità del contratto*. Si veda pure Cass. civ., 19 aprile 2013, n. 9640, in Foro it. mass., 2013, 322, in cui si precisa che «solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico, può determinare la nullità della vendita per difetto di uno dei requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti e all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto». Si veda, inoltre, U. BRECCIA, *Causa*, cit., 10 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., 143 ss.

¹⁶¹ A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, Enc. giur. Treccani, IV, Roma, 1988, 8., il quale rileva che «la nozione di causa, specialmente nel suo aspetto di causa di scambio appare indifferente e neutrale rispetto alla misura (dei termini) dello scambio».

¹⁶² L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, 1996, 39; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in Riv. dir. civ., 2014, 267.

¹⁶³ In tal senso depone innanzitutto la Relazione al Codice Civile del Guardasigilli (n. 603 ss.). Sul punto, è stato sottolineato che la causa <<è un modo per guardare

2. Causa in astratto e causa in concreto.

Il problema centrale in merito alla causa, quindi, è quello di individuare i parametri in base ai quali concedere o meno l'accesso degli atti di volontà alla dimensione del giuridicamente rilevante, in quanto meritevoli di tutela¹⁶⁴.

Ferma restando, in linea di principio, la non commistione tra causa e motivi soggettivi¹⁶⁵, la contrapposizione si è sostanziata tra, da un lato, la tesi favorevole all'accoglimento della formula della "funzione economico-sociale"¹⁶⁶, secondo la quale l'idoneità a produrre effetti giuridicamente rilevanti può essere riconosciuta solo agli atti di volontà che presentino assetti di interessi ed effetti preventivamente riconosciuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico o che rispondano quantomeno a tipi di operazioni economiche dotate per la

complessivamente al ruolo degli atti di privata autonomia (contratti e negozi) e al loro rapporto complessivo con gli interessi (individuali) delle parti e con l'ordinamento>>: A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., 2. Si veda anche, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 99 ss.

¹⁶⁴ Si veda M. LAMICELA, *Difetto di corrispettività e causa del contratto: le ragioni di una distinzione necessaria*, in www.juscivile.it, 2016, 9, p. 335 ss.

¹⁶⁵ Precisa però che <<se si ha riguardo alla funzione pratica che le parti hanno effettivamente assegnato al loro accordo, devono allora rilevare anche i 'motivi', se questi (...) siano obiettivizzati nel contratto, divenendo interessi che il contratto è diretto a realizzare>>, C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 461. Riconosce nei condizionamenti derivanti da una rappresentazione in termini prevalentemente soggettivi della causa quale *cause raisonnable* dell'obbligazione oggetto del contratto la ragione della necessità di distinguere tra motivi soggettivi giuridicamente irrilevanti e interessi concretamente perseguiti dalle parti mediante l'accordo, viceversa rilevanti nella ricostruzione della causa del contratto, U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 47 ss.

¹⁶⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Trattato Vassalli, Utet, 1960, 170 ss.

loro diffusione di comprovato riconoscimento sociale¹⁶⁷; e, dall'altro lato, la tesi della causa quale c.d. "funzione economico-individuale" dell'atto di volontà o sintesi degli interessi che concretamente il contratto è diretto a realizzare, così fungendo da strumento di accertamento che i privati, nel definire liberamente le modalità di realizzazione dei propri interessi, non abbiano oltrepassato la soglia invalicabile della liceità¹⁶⁸.

Il concetto di causa fatto proprio dal legislatore del 1942 è quello correlato alla c.d. funzione economico-sociale del contratto, quale sintesi degli effetti essenziali dello stesso.¹⁶⁹

In tal senso, nell'ottica del codice civile del 1942, l'autonomia privata viene tutelata, solo laddove si estrinsechi in contratti ritenuti "socialmente apprezzabili", in relazione alla loro funzione generale ed astratta.¹⁷⁰

¹⁶⁷ M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 423 ss.

¹⁶⁸ Lungi dall'essere "strumento e meccanismo di controllo dell'agire autonomo dei privati", va considerata come <<oggetto di controllo, che consente di constatare, in concreto, l'esistenza e il grado di compatibilità tra quei valori che il negozio esprime e quelli, invece, espressi dall'ordinamento statale>>: in tal senso, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, (voce), cit., 76-77; Id., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, 249. Favorevoli alla "causa in concreto" quale "sintesi degli interessi che il contratto è diretto a realizzare", C. M. BIANCA, *op. cit.*, 231 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, 364.

¹⁶⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 172 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 128 s. Sulla causa come "sintesi degli effetti essenziali", S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, cit., 75 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 62.

¹⁷⁰ La causa – intesa quale funzione economico-sociale – impedisce il ricorso al contratto per scopi futili e marginali e, nel contempo, prospetta una sorta di coincidenza della logica della volontà con la logica del mercato, imponendo allo scambio dei consensi il contestuale scambio in senso economico al fine di assicurare il controllo della razionalità mercantile (in tal senso, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 155 s.).

La tesi della funzione economico-sociale dà evidentemente rilievo prioritario all'utilità sociale dell'operazione negoziale, finendo, quindi, per determinare, in linea di principio, una più marcata funzionalizzazione delle espressioni dell'autonomia privata al perseguimento di finalità pubbliche di volta in volta definite in conformità all'ordinamento vigente ¹⁷¹.

La causa nell'ottica della funzione economico-individuale o causa concreta è, invece, strumentale a garantire il più efficace coordinamento tra il trattamento giuridico dell'atto, anche e soprattutto in chiave rimediabile ¹⁷², e quanto realmente voluto dalle parti.¹⁷³

¹⁷¹ Al riguardo, si rinvia a G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 254 e ss.; ma anche V. ROPPO, *op. cit.*, 365; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 459. D'altronde, l'utilizzo da parte della giurisprudenza, della formula della funzione economico-sociale del contratto per definire il requisito essenziale della causa è risultato per lo più di stile e formale: si veda, tra le altre, Cass., 4 aprile 2003, n. 5324; Cass., 17 gennaio 2007, n. 987; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3646. Tra gli altri, esprimono tale opinione, U. BRECCIA, *op. cit.*, 19 ss.; G. MARINI, *La causa del contratto*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Utet, 2000, pp. 4-5, essendo normalmente richiesta la necessaria verifica della corrispondenza alla reale volontà dei contraenti dello schema causale di volta in volta astrattamente individuato.

¹⁷² C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in Trattato del Contratto diretto da V. Roppo, II, Giuffrè, 2006, 92.

¹⁷³ La prima e più importante affermazione giurisprudenziale della c.d. causa concreta è data dalla decisione di Cass. civ., 8 maggio 2006, n. 10490, in Giust. civ., 2007, 9, I, 1985; nonché in *Corr. giur.*, 2016, 921 ss., con note *ex multis* di: R. CALVO, *Clau-sole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, ivi, 927 ss.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, 656 ss.; M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite*, in *Danno resp.*, 2016, 935 ss.; R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, e B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*, in *Foro it.*, 2016, I, rispettivamente cc. 2026 ss., 2032 ss. e 2036 ss.

Secondo la sentenza, «la causa, quale elemento essenziale del contratto, va intesa non come funzione economico-sociale, ma come funzione economico-individuale. Pertanto anche nel caso di contratto legalmente tipico (nella specie, contratto d'opera), è necessario verificare in concreto la sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare al di là del modello - anche tipico - adoperato, fermo restando che

Il principale limite della rappresentazione della causa negoziale in termini di funzione economico-sociale è stato da più parti evidenziato nella sostanziale assimilazione tra il concetto di causa ed il concetto di tipo contrattuale¹⁷⁴, riducendo così inammissibilmente l'ambito operativo dell'autodeterminazione negoziale dei privati alla riproduzione degli schemi contrattuali nominati dal Codice Civile¹⁷⁵ e limitando di fatto la portata dei precetti di cui agli artt. 1325, n. 2 e 1343 c.c. ai soli contratti atipici.¹⁷⁶

Anche per tale ragione¹⁷⁷, quindi, si è affermata nel tempo una nozione di causa contrattuale sempre più incentrata sull'accertamento della reale

detta sintesi costituisce la ragione concreta della dinamica contrattuale e non anche della volontà delle parti>>. La Corte, quindi, ha dichiarato nullo un contratto di consulenza per difetto di causa in concreto, in quanto diretto ad assicurare prestazioni già dovute dal secondo in adempimento dei propri doveri di amministratore e a tale titolo integralmente remunerate. Per la prima volta la Cassazione definisce la causa come "sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare".

La giurisprudenza successiva si è sostanzialmente adeguata alla nuova impostazione.

¹⁷⁴ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 246 ss.; R. SACCO, *op. cit.*, 579.

¹⁷⁵ G. MARINI, *op. cit.*, p. 2

¹⁷⁶ In realtà, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 11 gennaio 1973, n. 63, hanno affermato che <<la causa come funzione economico sociale del negozio, va intesa, nei contratti tipici come funzione concreta obiettiva, che corrisponde ad una delle funzioni tipiche ed astratte determinate dalla legge. Pertanto, anche nei contratti tipici, avendo riguardo a detta funzione concreta è concepibile una causa illecita, che si ha quando le parti, con l'uso di uno schema negoziale tipico, abbiano direttamente perseguito uno scopo contrario ai principi giuridici ed etici fondamentali dell'ordinamento>>. In tal senso, quindi, la norma chiave per l'illiceità del contratto, sotto il profilo della causa, non era direttamente l'art. 1343 c.c. quest'ultima norma operando per il tramite dell'istituto del "contratto in frode alla legge" ex art. 1344 c.c. In forza di detta norma, infatti, <<si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione della norma imperativa>>, come nel caso di vendita con patto di riscatto o di retrovendita stipulata al fine di aggirare il divieto di cui all'art. 2744 c.c. (che commina la nullità al patto col quale si conviene che in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore>>.

¹⁷⁷ Cui si associa anche il fatto che mentre la teoria della causa astratta era conseguenza della ideologia dirigistica dell'epoca dell'entrata in vigore del codice civile, con l'avvento della Costituzione, la concezione della causa quale strumento per imporre all'autonomia negoziale il perseguimento di interessi sovraindividuali è

volontà e dei reali interessi perseguiti dalle parti¹⁷⁸, ovvero la tipologia di operazione negoziale effettivamente voluta dalle parti.¹⁷⁹

In tal modo, si viene ad individuare lo specifico assetto di interessi individuali di volta in volta esteriorizzato dalle parti quale effettiva giustificazione dello scambio negoziale concordato, il giudizio causale potendo essere valorizzato, sotto il profilo funzionale, per la ricerca di una qualche ragione utilitaria che attesti la coerenza dell'operazione economica dedotta in contratto alla logica mercantile.¹⁸⁰

L'applicazione della nuova concezione valorizza il compito in capo al giudice di valutare nel complesso l'intera operazione perseguita dalle parti, tenendo conto, cioè, di tutte le pattuizioni, per comprendere se, in concreto, in tutto o in parte l'accordo negoziale, per come in concreto predisposto e a prescindere o meno dalla sua riconducibilità integrale o meno ad un determinato "tipo" contrattuale, manifesti elementi di contrarietà alla legge, ordine pubblico e buon costume.¹⁸¹

divenuta manifestamente incompatibile con la libertà di iniziativa economica privata, le cui esplicazioni sono tutelate dall'ordinamento purché non siano socialmente dannose.

¹⁷⁸ Si assiste, quindi, ad un significativo mutamento di paradigma: N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., 43, riconduce la prospettazione della causa (non come funzione oggettiva e tipica, ma) come funzione individuale e concreta al fenomeno caratterizzato dalla mancata esposizione al giudice di eventi riducibili a casi, «stati di fatto contrari al diritto» e perciò destinati al confronto con stati di fatto previsti dal diritto, in favore della rappresentazione di «operazioni economiche», posizioni esistenziali (il nascere e il morire), intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese.

¹⁷⁹ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 245; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 452 ss.

¹⁸⁰ M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 143 ss.; G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. e Impr.*, 2004, 552.

¹⁸¹ Ferma restando, comunque, la distinzione tra causa e motivi, la prima essendo la specifica, o concreta ragione dell'operazione, ossia l'elemento funzionale del contratto nella sua dimensione complessiva ed oggettiva; i motivi, invece, essendo gli interessi individuali che spingono il singolo contraente a concludere il contratto, ma che non

A ciò si è associato, come si dirà nel successivo capitolo, uno sviluppo delle clausole generali quali il principio di buona fede in relazione all'art. 2 Cost., tanto con riguardo al concetto di "legge", in ragione della ritenuta immediata applicabilità delle norme costituzionali nei rapporti tra privati, quanto valorizzando il concetto di "ordine pubblico".

La tesi della causa concreta, quindi, porta con sé l'effetto di poter accertare un vizio di illiceità o mancanza di causa ex art. 1418 c.c. anche per i contratti tipici e valorizza le fattispecie di contratti misti e collegamento negoziale.

A ciò, poi, si associa un rinnovato approccio al c.d. giudizio di meritevolezza, ex art. 1322, comma 2 c.c., non più limitato ai soli contratti atipici.¹⁸²

La causa concreta oggi costituisce, quindi, uno strumento imprescindibile per la concreta operatività dei principi costituzionali nella disciplina dei contratti, garantendo, così, l'effettiva funzionalizzazione del contratto alla Costituzione.

Ciò, è stato sottolineato, assume connotati ironici, considerando che un orientamento dottrinale - quello alla base della teoria della causa concreta del contratto - originato dalla contestazione della funzionalizzazione del contratto si è trasformato nello strumento che

rientrano nel contenuto di quest'ultimo; sono quindi le ragioni soggettive perseguite dai contraenti.

¹⁸² Cass. civ., 17 marzo 2015, n. 5216, in Giust. civ. mass., 2015. Il giudizio di immeritevolezza esprimerebbe sia l'accertata inidoneità del contratto a conseguire il risultato voluto dalle parti, sia un generale disvalore dell'ordinamento.

consente alla giurisprudenza di assicurare la funzionalizzazione stessa alla Costituzione.¹⁸³

Da un lato, infatti, il riconoscimento giurisprudenziale del valore normativo dei principi espone la disciplina del contratto alla Costituzione anche mediante il controllo – demandato essenzialmente alla funzione giurisdizionale – sulla conformità dell’esercizio del potere di autonomia privata ai principi costituzionali, mettendo in discussione l’esclusiva ascrivibilità ai dispositivi introdotti con la legge ordinaria del bilanciamento con gli interessi in senso ampio sociali protetti dalla Costituzione. Dall’altro, la c.d. crisi della fattispecie¹⁸⁴ sollecita la prospettazione della causa (non come funzione oggettiva e tipica, ma) come funzione individuale e concreta, giacché la sottoposizione al giudice attiene alla rappresentazione di «operazioni economiche», intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese e non di casi sempre riconducibili ad una fattispecie normativa.¹⁸⁵

La causa “concreta” impone di valutare l’interesse in concreto con riguardo ad una specifica operazione contrattuale.

Tale interesse, tuttavia, non può essere oggetto di conoscenza razionale a prescindere dalla ricognizione degli effetti giuridici del contratto,

¹⁸³ A. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in www.comparazionedirittocivile.it, 11.

¹⁸⁴ Si vedano, in particolare, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss.; ID., *Nómos e lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, ivi, 2016, 589 ss.; ID., *Sulla “positività ermeneutica” (per Vincenzo Scalisi)*, ivi, 2016, 923 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2015, 110 ss.; G. FILANTI, *Valori, principi, fattispecie*, in juscivile.it, 2015, 12, 720 ss.

¹⁸⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., 43.

giacché esso non si regge da solo, ma relativizza gli effetti giuridici del concreto negozio¹⁸⁶ oggetto della valutazione, dunque, non sono soltanto gli interessi dedotti dai contraenti, ma il concreto significato degli effetti giuridici come relativizzato dagli interessi perseguiti dalle parti.¹⁸⁷

La causa concreta costituisce, quindi, il mezzo per la verifica della conformità del contratto ai principi fondamentali racchiusi nella Costituzione.

3. Il problema della meritevolezza.¹⁸⁸

Ai sensi dell'art. 1322 c.c., le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme

¹⁸⁶ P. PERLINGIERI E A. FEDERICO, *Causa*, cit., 488 ss.

¹⁸⁷ Ha sottolineato il pericolo che la causa possa assumere il ruolo di un escamotage pratico che il giudice riscopre ed utilizza *ad libitum* per riportare l'equità nel caso concreto, M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, 139.

¹⁸⁸ Al riguardo, nell'ambito di un'ampissima letteratura si rinvia a G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in Riv. dir. comm., 1971, I, 81 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, ivi, 1979, I, 1 ss.; ID., *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, ivi, 1988, I, 339 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in Riv. dir. civ., 1978, I, 52 ss.; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in Contr. impr., 1985, 309 ss.; U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in Riv. dir. civ., 1987, I, 485 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in Contr. impr., 1987, 431; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in Dig. disc. priv., Sez. civ., XI, Torino, 1994, 324 ss.; U. BRECCIA, *Interessi non meritevoli di tutela*, in G. Alpa, U. Breccia e A. Liserre, *Il contratto in generale*, III, in Tratt. dir. priv. Bessone, Torino, 1999, 89 ss.; G. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 cod. civ.*, in A. Belvedere e C. Granelli (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, 125 ss.; G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in Contr. impr., 2004, 545 ss.; F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Napoli, 2004, 121 ss.

corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

La norma attribuisce ai privati la libertà di predisporre schemi nuovi e originali purché funzionalizzati al perseguimento di interessi che presentino una certa utilità sociale: anche il contratto atipico, deve cioè perseguire, nell'ottica del codice del 1942, una funzione sociale utile, in quanto assimilabile a quelle legislativamente tipizzate; ciò sempre nell'ottica dirigistica dell'epoca da cui discende una libertà negoziale privata "controllata".

Da tale impostazione, quindi deriva, da un lato, una forte limitazione all'autonomia negoziale delle parti e, dall'altro lato, che la ragione dell'operazione viene scrutata per risolvere il problema della qualificazione.

Eloquente è la recente affermazione¹⁸⁹ in forza della quale «[l]’immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare

¹⁸⁹ Cass. civ., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Contratti*, 2017, 383 ss., con nota critica di U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, ivi, 387 ss.

ammonimento di Paolo nei Libri LXII *ad edictum*, ovvero *non omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, XVII, 144)».

La Corte di Cassazione, in questo senso, ha escluso la meritevolezza di tutela della clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che impone al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, per contrarietà al principio di cui all'art. 41, comma 2, cost.¹⁹⁰; della clausola, inserita in un mutuo di scopo per l'acquisto di un bene materiale, che obbliga il mutuante al pagamento delle rate anche nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore¹⁹¹; della clausola contrattuale che vieta al conduttore di ospitare stabilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare, in quanto contrastante coi doveri di solidarietà¹⁹²; della clausola *claims made* inserita nel contratto di assicurazione stipulato¹⁹³. Del pari immeritevole è stato considerato il contratto finanziario che addossa alla banca vantaggi certi e garantiti ed al risparmiatore non garantisce alcuna certa prospettiva di lucro (è la nota vicenda del contratto "Myway", sulla quale si tornerà in seguito, che prevede l'acquisto di prodotti finanziari, emessi da una banca, mediante un mutuo erogato dalla stessa banca, e poi costituiti in pegno a garanzia del mancato rimborso del

¹⁹⁰ Cass. civ., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4222, in Foro it., 2017, 6 con nota di FERRARA.

¹⁹¹ Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, in Giust. civ. mass., 2012, 7-8, 929 ss.

¹⁹² Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in Il civilista, 2010, 11, 60. In maniera conforme Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, in Giust. civ. mass., 2013.

¹⁹³ Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., alla nota n. 170 che precede. Sul punto si tornerà in seguito.

finanziamento¹⁹⁴; il contratto atipico stipulato tra farmacisti, in virtù del quale gli aderenti si obbligavano a non aprire al pubblico il proprio esercizio commerciale nel giorno di sabato, in quanto contrastante con la «effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato»¹⁹⁵; il contratto fiduciario in virtù del quale ad una banca, presso cui il cliente aveva depositato somme di denaro su un libretto di risparmio e aveva aperto un conto corrente, di compensare l'attivo del primo con il passivo del secondo¹⁹⁶; il patto parasociale in virtù del quale i soci firmatari si obbligano, in occasione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori e dei sindaci, a votare in conformità alle indicazioni formulate da uno di essi¹⁹⁷.

Le predette decisioni consentono di affermare che la giurisprudenza reputa immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., contratti o patti contrattuali che, ancorché formalmente rispettosi della legge, hanno quale scopo o effetto l'attribuzione, ad una delle parti, di un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita reale per l'altra; l'attribuzione ad una delle parti di una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra; la sollecitazione di una delle parti al compimento di condotte contrastanti con i superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

¹⁹⁴ Si vedano, tra le altre, Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22950, in Giust. civ. mass., 2015; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in Giust. civ. mass., 2015.

¹⁹⁵ Cass. civ., 8 febbraio 2013, n. 3080, cit..

¹⁹⁶ Cass. civ., 19 febbraio 2000, n. 1898, in Giust. civ., 2001, I, 2481.

¹⁹⁷ Cass. civ., 20 settembre 1995, n. 9975, in Giur. it. 1996, I, 1, 164 con nota di G. COTTINO.

L'orientamento giurisprudenziale in esame sanziona il contratto atipico non meritevole di tutela *ex art. 1322, comma 2, c.c.*, con l'inefficacia, anziché la nullità, là dove il contratto tipico con clausola atipica non meritevole di tutela è esposto alla nullità della clausola con la conseguente possibilità di sostituzione automatica *ex art. 1339 c.c.* Fermo restando l'evidente fragilità della separazione tra contratto atipico e contratto tipico con clausola atipica, anche in ragione del carattere meramente descrittivo della distinzione tra tipicità e atipicità¹⁹⁸, il ricorso al controllo di meritevolezza e alla conseguente sanzione di inefficacia mascherano il riconoscimento del valore normativo dei principi generali e l'elevazione dei medesimi a parametro della liceità ovvero della meritevolezza di tutela e della conseguente nullità *ex art. 1343*, ovvero *ex art. 1418, comma 1, c.c.* derivante dalla violazione di norma imperativa (*art. 1322, comma 2, c.c.*), nonché della rilevabilità di ufficio.

Le norme giuridiche indicate come principi ora possono configurare una norma imperativa, ora sono suscettibili di inclusione nell'ordine pubblico, ora possono fondare l'argomentazione a sostegno dell'interpretazione tradizionalmente indicata come applicazione

¹⁹⁸ P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità dei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 389 ss.; A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, cit., 165 ss. In questo superamento si rivela «utile» la ragionevolezza: in tal senso, cfr. G. PERLINGIERI, *Sul criterio della ragionevolezza*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, 55; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 91 ss.; ID., *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 529 ss.

analogica, ora permettono l'individuazione della norma ricollegabile ad una disposizione normativa suscettibile di una pluralità di interpretazioni.¹⁹⁹

La concezione di causa accolta dalla giurisprudenza di legittimità incide, innanzitutto sull'ambito di applicazione del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c.

Più in generale, si può affermare che la nuova nozione di causa è potenzialmente idonea a determinare un significativo ampliamento del sindacato del giudice, chiamato ad interpretare il contratto. Infatti, una volta identificata la causa con lo scopo in concreto perseguito dalle parti, è evidente che il controllo sulla meritevolezza, letteralmente riferito ai soli contratti atipici, dovrà essere svolto in modo identico anche sui contratti nominati, posto che anche per questi la causa non è fissata dalla legge, ma va indagata in concreto in relazione agli interessi perseguiti.

Una volta acquisito, quindi, che anche i negozi tipici presentano, una causa concreta variabile, ne consegue che il giudice sottopone negozi tipici ed atipici ad un medesimo controllo causale.

4. La causa di solidarietà.

¹⁹⁹ Su tali questioni si veda, in particolare, E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in F. Volpe, *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016, 5 ss.

L'evoluzione interpretativa dell'approccio al fattore causale in considerazione sia della c.d. causa in concreto, sia della rilevanza sempre maggiore riconosciuta ai valori e principi espressi in Costituzione, tali da incidere in senso non solo "verticale", ma anche orizzontale nei rapporti tra le parti, con particolare riguardo al c.d. spirito di solidarietà²⁰⁰, ha condotto sia parte della dottrina²⁰¹ che in alcuni casi anche la giurisprudenza, anche sulla scorta di indici di diritto positivo puntuali²⁰², a superare la tradizionale classificazione, sotto il profilo causale, del contratto tra onerosi, liberali e gratuiti questi ultimi in quanto connotati da un necessario interesse patrimoniale, per addivenire ad una compiuta valorizzazione della c.d. causa solidaristica. Non essendo lo spirito di liberalità un dato obbiettivo, ma relativo a colui che effettua il trasferimento a titolo gratuito, esso va desunto dalla concreta situazione in cui ha operato il donante; in particolare, dal fine che ha guidato il donante è possibile «ricavare se l'attribuzione patrimoniale è stata dettata da "spirito di liberalità" o se è dovuta ad altri fatti o circostanze che lo escludono. Ne deriva che detto requisito viene meno, e resta solo un atto a titolo gratuito, nei casi in cui la parte

²⁰⁰ Nei rapporti contrattuali tale valore opera, in particolare, per il tramite delle clausole generali, specialmente di quella di buona fede; la quale permea non soltanto la fase di formazione, conclusione ed esecuzione del contratto, istituendo dei precisi obblighi di condotta in capo alle parti, ma pure il procedimento di interpretazione dello stesso incidendo, in tal modo, sulla definizione di tutti i suoi significati, ivi compreso quello causale.

²⁰¹ Si veda ampiamente sia per la ricostruzione del problema, che per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, anche in relazione a quanto verrà esposto sul punto, R. SENIGAGLIA, *Per un'«ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà orizzontale e contratto*, in *juscivile*, 2016, 507 ss.

²⁰² Si pensi ai c.d. atti di disposizione patrimoniale ex art. 2745 *ter c.c.*

si sia indotta all'atto non spontaneamente (nullo iure cogente, largamente inteso), ma per un motivo o per una finalità che sia obbiettivamente accertabile e non irrilevante per il diritto».²⁰³

Occorre, pertanto, che la gratuità dell'atto, non ancorata allo spirito di liberalità e non finalizzata all'arricchimento del beneficiario, conosca un presupposto e un senso oggettivamente verificabili e meritevoli di tutela per l'ordinamento.

L'atto che genera il rapporto si colloca, dunque, in uno spazio autonomo sia rispetto agli atti donativi, che a quelli onerosi: è lo spazio, in continua espansione, in cui si sistemano e sistematizzano quei sacrifici patrimoniali che consumano la loro ragione giustificatrice in ciò «che inevitabilmente connota il vincolo della doverosità giuridica» (spirito di solidarietà) «intesa, senza riferimento al contenuto di un atto, come relazione necessaria che lega fra di loro i cittadini, assunti sia nella puntualità di un momento storico che nella proiezione temporale dell'ordinamento»²⁰⁴.

Si tratta di fattispecie nelle quali non è ravvisabile la funzione tipica della donazione né il presupposto soggettivo della medesima, lo spirito di liberalità²⁰⁵: il soggetto che si sottopone al sacrificio patrimoniale non lo fa all'unico scopo di arricchire l'altra parte, ma si determina per

²⁰³ Cass. civ., 10 gennaio 1973, n. 37, in Foro amm., 1973, I, 289 ss. .

²⁰⁴ N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», in Riv. trim. di dir. e proc. civ., 1997, 10.

²⁰⁵ G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Lineamenti generali, Milano, 1954, 99, il quale ritiene che chi dà per un interesse, anche di carattere religioso, politico, culturale, sportivo «compie atti moralmente e socialmente diversi dal puro spirito di liberalità».

una finalità solidaristica – di natura familiare, sociale, religiosa, ecc. – sul presupposto di interessi/valori della stessa natura, i quali conformano il suo sistema di vita ²⁰⁶.

L'individuazione di tale «ragione pratica», irriducibile alla sola *expressio causae* ²⁰⁷, non potrà che avvenire all'esito dell'interpretazione dell'atto condotta con approccio ermeneutico ²⁰⁸, particolarmente attento allo specifico contesto sociale e relazionale in cui esso ha preso origine ²⁰⁹.

Quanto all'interesse che il debitore intende realizzare assumendosi liberamente il sacrificio patrimoniale, l'indagine deve svolgersi procedendo da quanto prescrive l'art. 1322 c.c.²¹⁰; il quale pone come unico limite al potere creativo dell'autonomia contrattuale la «realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»²¹¹, rinviando così ad un definito spazio normativo di

²⁰⁶ G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, Milano, 1947, 264 ss.

²⁰⁷ C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 250; ID., *Diritto civile*, 3, Il contratto, cit., 494, il quale definisce la causa come «la ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione è diretta a soddisfare»

²⁰⁸ M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, Cedam, 2012, 107, la quale osserva che il giudizio sulla causa deve atteggiarsi come «ricerca ermeneutico-ricostruttiva che porta ad individuare in concreto il programma economico e l'assetto di interessi che l'atto mira a realizzare, seguita poi dalla verifica, sulla base delle circostanze in cui l'atto si colloca, che tale programma non sia a priori irrealizzabile». Si veda anche F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in *Ragionare per decidere*, a cura di G. Bombelli e B. Montanari, Torino, 2015, 61 ss.

²⁰⁹ R. ROLLI, Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta, *Contr. e impr.*, 2007, 2, 446.

²¹⁰ L. GATT, *La liberalità*, in *Studi di diritto privato*, Collana diretta da F. D. Busnelli – S. Patti – V. Scalisi – P. Zatti, Torino, I, 2002, 367.

²¹¹ Cass. civ., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, 1836, con nota di A. ORTOLANI, *La ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento di danno per inadempimento contrattuale dopo sez. un. n.*

rilevanza degli interessi da cui generano e a cui sono diretti gli spostamenti patrimoniali che discendono dal contratto.²¹²

E sotto questo profilo, come detto, torna prepotentemente in considerazione la rilevanza diretta dell'apporto interpretativo-integrativo delle norme costituzionali, poiché una riorganizzazione di senso pervasiva dell'intero sistema si è avuta a seguito dell'introduzione della Costituzione, la quale, tra l'altro, sancisce i valori della solidarietà, della famiglia, della libertà religiosa, ecc.²¹³ Segnatamente, oltre all'art. 2 Cost., che richiede «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà», l'art. 41 Cost. subordina il libero esercizio dell'attività economica alla conformità all'utilità sociale e al rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana²¹⁴. Tutti valori, questi, legati a interessi della persona di carattere non patrimoniale e la cui tutela è ulteriormente rafforzata dalle fonti sovranazionali e internazionali, in special modo dalle cosiddette "carte dei diritti". Tant'è che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel

13533/2001. In tema di meritevolezza si rinvia a C.M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in Riv. dir. civ., 2011, 789 ss.

²¹² A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, voce, cit., 1, il quale, riflettendo sull'autonomia privata, osserva che «questa libertà è riconosciuta anche con riferimento agli scopi e funzioni in ragione dei quali i rapporti vengono creati, modificati o estinti. Detti "scopi" possono essere liberamente fissati dalle parti, nei limiti naturalmente del lecito e del rispetto dei diritti dei terzi».

²¹³ R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 525.

²¹⁴ Si rinvia a M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, 105. V. inoltre D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in I contratti in generale, a cura di E. Gabrielli, I, Utet, Torino, 1999, 599; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in Eur. dir. priv., 2011, 365 ss.; E. GLIOZZI, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale dell'art. 41 della Costituzione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2016, 767 ss.

preambolo, espressamente pone il valore «individuale e universale» della solidarietà a fondamento dell'Unione medesima²¹⁵.

Apprezzata la centralità del valore solidaristico anche in termini di rilevanza causale, perché il contrarre un'obbligazione civile in esecuzione di un dovere sociale o morale è «in principio» da ritenersi serio, lecito e socialmente apprezzabile, idoneo, quindi, a giustificare l'effetto e meritevole di tutela per l'ordinamento, d'altronde, non tutti gli interessi non patrimoniali possono ritenersi idonei a giustificare gli effetti dell'atto.

Ritorna, la questione della centralità dell'indagine di “meritevolezza”, ex art. 1322, comma 2 c.c., perché non tutti gli interessi di cui sopra assumono rilevanza giuridica trovando il loro corrispondente in un valore fondamentale dell'ordinamento.

Sono senz'altro esclusi gli interessi “bagatellari” o quelli singolari, che si riferiscono a circoscritti, isolati, segmenti di mondo. Nell'individuazione del criterio selettivo, aiuta senz'altro la Relazione al codice civile, la quale richiede che la funzione del contratto, che giustifica la tutela dell'autonomia privata, «deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dell'art. 1322, co. 2, c.c., rispondente alla

²¹⁵ Secondo S. RODOTÀ, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 106, «proprio la forte intenzionalità che ne contrassegna l'origine, impone di considerare la solidarietà come uno degli essenziali riferimenti per la ricostruzione del sistema costituzionale europeo»

necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica».

In definitiva, «il dovere morale integrerà gli estremi di interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. allorché sarà anche sociale; in caso contrario, retrocederà al rango di semplice motivo potendo trovare soddisfazione solo mediante un diverso (rispetto a quello previsto dall'art. 2034 c.c.) negozio a causa tipica».²¹⁶

5. Causa concreta e nuove tecnologie. Cenni.

Come sottolineato²¹⁷, l'approdo della giurisprudenza alla causa concreta è contestuale alla diffusione delle nuove tecnologie che, al contrario, sembrano ostacolare l'emersione dei concreti interessi nell'ambito del regolamento contrattuale.

La configurazione di scambi senza accordo²¹⁸, l'interrogativo sulla disumanizzazione del contratto²¹⁹, costituiscono la moderna ambientazione di un tema sempre presente nell'elaborazione della civilistica italiana, sí che, pur arricchendo la posizione del relativo tipo di problema, non consentono di enucleare una questione riferibile esclusivamente al moderno paradigma contrattuale perché si traducono

²¹⁶ Così, R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 532-533, anche per i richiami nelle note.

²¹⁷ A. FEDERICO, *La causa del contratto tra <<regole>> e <<principi>>*, in www.comparzionedirittocivile.it, 16-17.

²¹⁸ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in Riv. trim. dir e proc. civ., 1998, 347 ss.

²¹⁹ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in Riv. dir. civ., 1998, I, 525 ss. N. IRTI, *«È vero, ma ... (Replica a Giorgio Oppò)»*, ivi, 1999, I, 273 ss.

nella riproposizione, dettata dallo sviluppo della tecnica, del dibattito sull'essenzialità dell'accordo.²²⁰

Le peculiari modalità di conclusione del contratto sovente impediscono la messa in evidenza degli interessi dei contraenti, precludendo, da un lato, la relativizzazione dell'operazione negoziale posta in essere mediante l'individuazione della specifica ragione dell'affare, imponendo, dall'altro, di ricondurre il profilo funzionale all'interesse normalmente ascrivito al tipo contrattuale nell'alveo del quale è riconducibile il contratto.

Con specifico riferimento ai contratti in via telematica ovvero agli *smart contracts*²²¹, spesso è esclusa l'emersione della ragione concreta dell'affare, giacché le specifiche modalità di formazione impediscono la rappresentazione degli interessi perseguiti dai contraenti, come risulta dal rilievo che il contraente si limita a manifestare il consenso attraverso un semplice "clic".

Del pari, l'esecuzione del contratto è suscettibile di essere depurata dai concreti interessi mediante la traduzione dei regolamenti contrattuali in

²²⁰ F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in Riv. dir. comm., 2002, I, 655 ss.

²²¹ Sugli *smart contracts*, si veda N. SZABO, *The idea of Smart Contracts*, in <http://szabo.best.vwh.net/idea.html>; D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in Contr. impr., 2017, 386 ss.; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in Nuova giur. civ. comm., 2017, II, 107 ss.; M. L. PERUGINI E P. DAL CHECCO, *Introduzione agli Smart Contract*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2729545; D. DI MAIO E G. RINALDI, *Blockchain e la rivoluzione legale degli Smart Contracts*, in <http://www.dirittobancario.it>.

programmi informatici che ne consentono l'autoesecuzione, applicandone le clausole pattuite, eseguendone le prestazioni, ecc.

In tal senso, la considerazione dell'interesse concreto può avvenire solo a patto che e nei casi in cui le modalità di formazione del contratto e/o la specifica operazione contrattuale non impediscano la messa in evidenza della concreta ragione dell'affare.

CAPITOLO V

IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA E LE SUE PLURIME APPLICAZIONI.

SOMMARIO: 1. In via generale; 2. La Buona fede come strumento integrativo del contratto; 3. La Buona fede come “limite”; 4. La Buona fede come strumento modificativo o manipolativo del contratto.

1. In via generale.

Il principio di correttezza o buona fede assume una rilevanza centrale nell’ambito del presente lavoro perché, sotto diversi profili, sia la dottrina, che la giurisprudenza, e, infine, anche il legislatore lo hanno invocato al fine di fondare un apporto in senso lato integrativo e/o correttivo da parte del giudice sull’equilibrio economico e normativo del contratto.

La dimensione applicativa di questo principio ha subito una più che rilevante espansione nel corso degli anni, finendo per essere, allo stato e di fatto, la clausola generale di riferimento per dottrina e giurisprudenza ogni qual volta si debba giustificare un potere incidente sul regolamento contrattuale.

In questo senso, quindi, è opportuno ripercorre le tappe evolutive dell'applicazione di tale principio e gli approdi più recenti ai quali la giurisprudenza interna è giunta.

In primo luogo, occorre considerare che è ormai un dato assodato che “correttezza” e “buona fede” (intesa in termini oggettivi²²²) vengano a formare, in buona sostanza, un'endiadi.²²³

Prendendo a riferimento il solo codice civile, i due termini si rinvencono in una pluralità di disposizioni (l'art. 1175, l'art. 1337, l'art.

²²² Quale dovere di comportarsi lealmente nella esecuzione del contratto, distinguendosi in tal senso dalla c.d. buona fede soggettiva, intesa quale ignoranza di ledere l'altrui diritto.

²²³ In questo senso, C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in Riv. dir. civ., 1983, I, 205; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Tratt. dir. civ. comm., Diretto da Cicu e Messineo, XVI, t. I, Il comportamento de creditore, Milano, 1974, 8; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in Dig. disc. priv. (sez. civ.), Torino, 1988, II, 170. Secondo altra dottrina, mentre il riferimento dell'art. 1375 c.c. alla buona fede riguarda il solo debitore, l'art. 1175 c.c. quando richiama la “correttezza”, si rivolge ad entrambe le parti: R. NICOLÒ, *Adempimento*, in Enc. dir., I, Milano, 1958, 558. Secondo un'altra opinione, l'art. 1175 c.c. si dirigerebbe, invece, esclusivamente al creditore, essendo il debitore già vincolato da altre specifiche disposizioni, come l'art. 1176 c.c. che gli impone di usare, nell'adempimento dell'obbligazione, la diligenza del buon padre di famiglia: M. GIORGIANNI, *L'obbligazione; la parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1951, 149. Altra parte della dottrina, poi, istituisce fra il criterio della correttezza e quello della buona fede una differenza dipendente dal diverso ambito di applicazione: il primo varrebbe per i rapporti obbligatori di fonte diversa dal contratto, mentre il secondo sarebbe applicabile alle sole obbligazioni contrattuali: L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946. Ancora, altra autorevole dottrina (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953-55, I, 67; G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del datore di lavoro*, Milano, 1953, 83) ritiene i due criteri del tutto diversi anche se complementari in quanto discendenti dal principio generale della solidarietà sociale: il criterio della correttezza, scorporato dalla massima *alterum non laedere* impone "solo doveri di carattere negativo", esigendo un "Comportamento di rispetto, di conservazione della sfera di interessi 'altrui"; il criterio della buona fede, invece, impone "obblighi di carattere positivo", richiede cioè "un'operosa collaborazione con gli altri consociati, volta a promuovere il loro interesse". Detta distinzione, per la dottrina sopra riferita, rileva soprattutto sul piano pratico, in quanto consente di distinguere gli obblighi strumentali, complementari ed accessori all'obbligo della prestazione, dagli altri obblighi di protezione che si sostanziano nel dovere di astenersi da ogni indebita ingerenza nell'altrui sfera giuridica.

1356, l'art. 1366), che idealmente tracciano l'intero arco contrattuale dalle trattative all'esecuzione, passando per l'interpretazione contrattuale.

Peraltro, tutte le predette disposizioni sono state messe in correlazione con l'art. 2 Cost., come espressione e specificazione dei principi costituzionali concernenti gli "inderogabili doveri di solidarietà sociale".²²⁴

2. La Buona fede come strumento integrativo del contratto.

In primo luogo, va registrato il passaggio della clausola generale di buona fede e correttezza da mero strumento criterio utile nella attività di valutazione delle condotte dei contraenti, a vero e proprio strumento di integrazione del contratto.

In particolare, superando l'indicazione "testuale" del codice civile, laddove ai fini "integrativi" del regolamento contrattuale sembra far riferimento al solo art. 1374 c.c. (rubricato, infatti, "integrazione del contratto"), sia la dottrina che poi la giurisprudenza hanno riconosciuto, accanto alla legge, agli usi e all'equità anche alla previsione di cui all'art. 1375, c.c., concernente l'esecuzione del contratto secondo buona

²²⁴ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 112 e ss., secondo il quale la rilevanza sistematica degli artt. 1339, 1175, 1176, 1374, 1375 c.c. conduce a concepire il contratto come il risultato di un sistema di fonti: quella privata e quella legale e, conseguentemente, quella giudiziale.

fede, il ruolo di fonte di diritti e obblighi “aggiuntivi” ed eteronomi rispetto al regolamento contrattuale predisposto dalle parti.

Ciò valorizzando, in particolare, il già citato collegamento con l’art. 2 Cost., e relativo principio di solidarietà, riconoscendo, quindi, all’art. 1375 c.c. il “ruolo” di fonte integrativa primaria del regolamento contrattuale²²⁵, da cui discendono gli obblighi di condotta da porre a carico di una delle parti necessari per preservare l’interesse della controparte.

In questo senso, quindi, si è affermato che le parti, nell’eseguire il contratto, entro i limiti di un sacrificio non apprezzabile (e per questo esigibile in quanto non eccessivo), onde tutelare l’interesse della controparte, oltre a eseguire le prestazioni contrattuali e quelle che si evincono dall’art. 1374 c.c., devono, se del caso, modificare le proprie prestazioni²²⁶; porre in essere prestazioni non previste; tollerare le modificazioni delle prestazioni altrui che non incidano significativamente sul proprio interesse²²⁷, adempiere a doveri di avviso e di informazione, anche se non assunti espressamente nel contratto; esercitare correttamente poteri discrezionali.

²²⁵ C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1987, 474; ID., *L’obbligazione*, Milano, 1993, 88.

²²⁶ Sulla modifica di clausole che si siano rivelate inattuabili, purché non comportino una modifica sostanziale del patto originario, si veda, Cass. 16 gennaio 1954, n. 86, in Rep. Foro it., 1954, Obbl. e contr., n. 207.

²²⁷ Ad esempio, l’atto di tollerare che la prestazione sia eseguita in un luogo diverso da quello convenuto, senza che ciò implichi – per il creditore – un apprezzabile sacrificio: in questo senso, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Il contratto, Milano, 2000, 481.

Non solo, ma ad implementare il ruolo dell'art. 1375 c.c. quale principale fonte di integrazione del contratto, la giurisprudenza ha cominciato a fare richiamo al principio di buona fede e correttezza per porre a carico delle parti del contratto obblighi di condotta finalizzati a tutelare gli interessi di soggetti terzi rispetto alle parti stesse, in rapporto di prossimità con il rapporto contrattuale in esame, aprendo così ai c.d. obblighi di protezione.²²⁸

3. La Buona fede come “limite”.

Sulla premessa per cui un diritto, qualunque esso sia, non può mai essere esercitato in modo illimitato, il principio di buona fede, è stato quindi, valorizzato per imporre un limite funzionale all'esercizio del diritto, in conformità al principio costituzionale di solidarietà.

L'utilità di questa declinazione della clausola generale di buona fede è stata quella di poter “censurare” ipotesi di apparente e formalmente legittimo esercizio di un diritto previsto in contratto, piegato però al perseguimento di finalità eccentriche o, comunque, non meritevoli di tutela rispetto a quelle in relazione alle quali l'ordinamento ha ritenuto di attribuire tale diritto.

²²⁸ Caso classico è il contratto stipulato dal medico con la donna in stato di gravidanza (contratto ginecologico) nell'ambito del quale sono stati enucleati gli “effetti protettivi” per il terzo, in quanto gli obblighi terapeutici sono finalizzati non solo alla protezione della sfera della controparte, cioè della donna incinta, ma anche nei confronti del nascituro che verrà alla luce per effetto della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali. In questo senso, si veda, *ex plurimis*, Cass. civ., 22.11.1993, n. 11503, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 908, con nota di VENNARI.

In questi termini, l'applicazione del principio di buona fede e correttezza si è andato intersecando con l'istituto, oggetto di rilevanti contrasti in dottrina, dell'abuso del diritto.²²⁹

²²⁹ Come noto, si tratta di istituto di conio tipicamente dottrinale e giurisprudenziale, non avendo trovato, nell'ordinamento, un puntuale riconoscimento di carattere generale. Solo di recente, e limitatamente alla normativa tributaria, l'art. 1, commi 4 e 5, d. lgs. 5 agosto 2015, n. 128 ha introdotto l'art. 10 *bis* nell'ambito del c.d. statuto del contribuente (l. 27 luglio 2000, n. 212), in forza del quale configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. In altri ordinamenti l'istituto in esame è stato disciplinato normativamente: così nell'ordinamento svizzero (art. 2 c.c.: il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge), tedesco (§ 226: "L'esercizio del diritto è inammissibile se può avere solo lo scopo di provocare danno ad altri"), spagnolo, (art. 7, comma 2, c.c. ove è previsto l'obbligo di esercizio del diritto conforme alle esigenze della buona fede), greco (l'art. 248 vieta l'esercizio del diritto quando si eccedano in modo manifesto i limiti imposti alla buona fede e al buon costume o le finalità socio-economiche del diritto), olandese (art. 13 che dispone che non si possono compiere atti di esercizio che si traducano in abuso). La mancanza di una norma generale nel codice civile deve ritenersi una scelta ponderata, posto che dalla lettura dei lavori preparatori l'introduzione di un tale istituto era stata in vario modo contemplata per poi essere abbandonata.

Sull'abuso del diritto in generale si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a: F. BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2015, 862 ss.; M. TARUFFO, *Abuso del processo*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2015, 832 ss.; AA.VV., *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, a cura di G. Merone, Napoli, 2014; A. CONVERSO, *Note minime in tema di abuso del diritto*, in *Giur. merito*, 6, 2013, 1314 ss.; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2013, 75 ss.; G. VILLANACCI, *I profili dell'abuso del diritto e la funzione integrativa del programma negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2013, 158 ss.; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2012, 313 ss.; E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2, 2011; F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2011, 491 ss.; R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2010; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 5, 2010, 834; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2000, 1115; AA. VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, vol. II, Milano, 1998, 1 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, Padova, 1979, ristampa; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 166 ss.

La giurisprudenza più recente ha avuto modo a più riprese di far richiamo al principio in questione, sia nelle forme dell'abuso del diritto "sostanziale"²³⁰ che nelle forme del c.d. abuso del processo²³¹

²³⁰ Il richiamo è evidentemente alla pronuncia della Corte di Cassazione, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, 577, di cui si parlerà più diffusamente nel prosieguo, ma che in questa sede va ricordata perché, dopo aver stabilito che anche la facoltà di recesso unilaterale non può essere esercitata in modo arbitrario, ha indicato in modo chiaro gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo a un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte.

²³¹ Si fa riferimento, in particolare, alla vicenda relativa al c.d. frazionamento abusivo del credito, fattispecie consistente nella ingiustificata frammentazione delle azioni giudiziarie concernenti nel loro complesso una domanda giudiziale unica, che determina un irragionevole, e per questo illecito, aggravamento dei costi processuali. A fronte di orientamenti oscillanti in giurisprudenza (in senso favorevole alla censura del frazionamento, tra le altre Cass., 6 agosto 1997, n.7275, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1349; *contra*, Cass. civ., 15 aprile 1998, n. 3814, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 805), sono infine intervenute, una prima volta, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la pronuncia 15 novembre 2007, n. 23726 che, nel censurare il frazionamento del credito, ha, da un lato, valorizzato la clausola generale di buona fede e il divieto di abuso del diritto quali istituti da rapportare entrambi al principio di solidarietà ex art. 2 Cost., per cui al creditore vanno imposti degli obblighi di comportamenti anche attivi che, entro il limite del sacrificio non eccessivo, non aggravino la sfera del soggetto inadempiente»; nello stesso senso, anche Cass. civ., 22 dicembre 2011, n. 28286, in *Foro it.*, 2012, 10, I, 2813, con nota di GRAZIOSI; Cass. civ., 20 novembre 2009, n. 24539, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 11, 1616, ha precisato che le domande oggetto di frazionamento devono essere dichiarate improcedibili, oppure, laddove non ancora proposte, improponibili.

A tale pronuncia ha fatto seguito, dopo un decennio, la decisione delle Sezioni Unite, 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Giust. civ. mass.*, 2017, con la quale la Suprema Corte, ha deciso una controversia avente caratteristiche sostanzialmente speculari rispetto a quella oggetto della pronuncia del 2007, affermando che «Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, benché relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi, ma, ove le suddette pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo, - sì da non poter essere accertate separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda sostanziale - le relative domande possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata, e, laddove ne manchi la corrispondente deduzione, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ex art. 183, c.p.c., riservando, se del

4. La Buona fede come strumento modificativo del contratto.

Da ultimo, si è posto il problema dell'ammissibilità di un utilizzo della clausola di buona fede quale strumento di controllo e valutazione della validità dei contratti e, conseguentemente, se sia possibile configurare l'invalidità del contratto nel caso in cui questo sia il frutto di condotte contrarie a buona fede.

Parte della dottrina, rispondendo positivamente al quesito, ha sostenuto la possibilità di utilizzare la clausola di buona fede quale strumento di controllo dell'autonomia negoziale, in quanto regola imperativa di validità del contratto (attraverso la quale si impongono condotte corrette in sede di stipulazione) la cui violazione comporta la nullità virtuale delle stipulazione, ex art. 1418, cc. 1.

E' noto che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²³² si sono pronunciate con riferimento all'ipotesi di violazione degli obblighi di informazione a carico dell'intermediario finanziario in favore del cliente previsti dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998 (TU, in materia di intermediazione finanziaria, come modificato dal d.lgs. 164/2007) e dagli articoli collegati (art. 28 in particolare) del regolamento di attuazione Consob 11522/98, in ordine ai rischi connessi alle operazioni finanziarie sia prima di stipulare il contratto quadro di consulenza e

caso, la decisione con termine alle parti per il deposito di memorie ex art. 101, comma 2, c.p.c.>>. La pronuncia ha trovato successiva conferma in Cass. civ., 26 novembre 2018, n. 30586, in Dir. & Giust., 2018, 27 novembre.

²³² Con la pronuncia 19 dicembre 2007, n. 26724, in Foro it., 2008, 3, I, 784, con nota di SCODITTI.

gestione del portafogli, che prima di effettuare le singole operazioni esecutive del contratto quadro (l'acquisto di singoli prodotti o derivati finanziari in esecuzione del contratto quadro).

In particolare, con riguardo alla sorte del contratto quadro e dei singoli ordini di acquisto dei prodotti finanziari acquistati dall'intermediario in esecuzione del contratto quadro, nel caso in cui vi sia una carenza informativa nei confronti dell'acquirente consumatore-investitore che non gli abbia consentito di soppesare i rischi connessi all'operazione, la Suprema Corte ha sottolineato che la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni, che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. Può, invece, dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, però, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può determinare la nullità del

contratto d'intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.

Il fulcro motivazionale della sentenza per quanto qui di interesse è il seguente: «il cardine intorno al quale ruota la sentenza da ultimo citata è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità. Che tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) - il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso

dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorchè l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perchè il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite. L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile. E' possibile che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale, ma - a parte la considerazione che molte delle disposizioni invocate a sostegno di questo assunto sono posteriori ai fatti di causa, e non varrebbero quindi a dimostrare che già a quell'epoca il legislatore

avesse abbandonato la tradizionale distinzione cui s'è fatto cenno - un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione. E va pur detto che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni. D'altronde, non si è mai dubitato che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, ma ciò fa ricadere quelle fattispecie nella già ricordata previsione del terzo (non già del comma 1) del citato art. 1418. Si tratta pur sempre, in altri termini, di disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando - come nel caso in esame - l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle cosiddette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per sé si pongono come speciali>>. ²³³

²³³ Sulla stessa linea, Cass. civ., 27 novembre 2009, n. 25047, in Giust. civ. mass. 2009, 11, 1635 secondo la quale <<i>principi di buona fede e correttezza sono previsti dal codice civile, come tali, in riferimento alla fase dello svolgimento delle trattative contrattuali (art. 1337), a quella dell'interpretazione del contratto (art. 1366) ed a quella della sua esecuzione (art. 1375), sicché la violazione dell'obbligo di attenersi, sebbene possa esser fonte di responsabilità risarcitoria, non inficia però il contenuto del contratto con il quale le parti abbiano composto i rispettivi interessi, nel senso che, ove non venga in rilievo una causa di nullità o di annullabilità del contratto medesimo

Ora sono passati più di dieci anni da quella sentenza e in realtà quella c.d. linea di tendenza non univoca nella legislazione cui hanno fatto riferimento le Sezioni Unite, ha visto rafforzare sempre più (ancorchè in modo per vero non compatto) un approccio sostanzialistico all'utilizzo della clausola di buona fede anche e soprattutto in relazione al principio costituzionale di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e ciò sia nell'ambito della legislazione, sia nell'ambito della giurisprudenza di legittimità e financo costituzionale.²³⁴

Se sotto il profilo legislativo si è già dato conto più sopra di alcune previsioni normative successive alla predetta sentenza delle Sezioni Unite che nel prevedere la nullità di patti "iniqui" o non proporzionati, fanno riferimento esplicito al principio di buona fede, sotto il profilo giurisprudenziale, necessario anticipare, fin d'ora, alcuni arresti che danno conto della evidente spinta già in atto e non meramente in potenza del ruolo di intervento diretto che la clausola di buona fede

specificamente stabilita dal legislatore, tali vizi invalidanti non sono invocabili a fronte della inadeguatezza delle clausole pattuite a garantire l'equilibrio delle prestazioni o le aspettative economiche di uno dei contraenti>>. In dottrina, in senso conforme, sulla distinzione tra regole di condotta e regole di validità e relative conseguenze si è sviluppata ampia letteratura: si vedano G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 37 ss; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, XIII. Il contratto in generale, 4, Torino, 2004, 313 ss; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 100 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Riv. crit. dir. priv., 1986, 9; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 44 ss e nota 10; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, cit., 253 e ss.

²³⁴ Affermano il superamento della distinzione tra regole di condotta e regole di validità in questione A. DI AMATO, *Contratto e reato, profili civilistici*, cit., 30 ss; F. Prospero, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, 336 e ss. e *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in Rass. dir. civ., 1999, 673.

consente al giudice di operare sull'equilibrio del contratto, con riflessi diretti sui profili strettamente economici del negozio medesimo.

In particolare, vengono in rilievo, da un lato, le due ordinanze della Consulta (21 ottobre 2013, n. 248, e 2 aprile 2014, n. 77) con le quali la Corte Costituzionale, chiamata a valutare la costituzionalità dell'art. 1385 c.c., nella parte in cui non prevede la facoltà per il giudice di ridurre una caparra sproporzionata, a differenza di quanto stabilito dall'art. 1384 c.c., che, al contrario, riconosce tale possibilità in caso di clausola penale eccessiva, ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità, ma affermando che l'art. 1385 c.c. non va considerato come una norma contenente una "lacuna", perché il problema della "eccessività" della caparra può (e deve) essere risolto "a monte", ritenendo la clausola che prevede una caparra "sproporzionata" come nulla (in tutto o in Parte) ai sensi dell'art. 1418 c.c., per contrasto con l'art. 1175 c.c. in combinato contesto con l'art. 2 Cost. (e con il dovere di solidarietà sociale imposto in detta norma).

Per altro verso, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 6 maggio 2016, n. 9140, richiamando proprio il precedente del Giudice delle leggi, ha ribadito come il precetto dettato dall'art. 2 della Costituzione consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario, per garantire un equo temperamento degli interessi delle parti, e prevenire e reprimere l'abuso del diritto.

Su entrambe le questioni unitamente ad altri arresti giurisprudenziali rilevanti si approfondirà nel prosieguo.

E' opportuno, poi, rammentare che alla clausola generale di buona fede è stata riconosciuta, altresì, la funzione di creare un rapporto che, se non può definirsi contrattuale in senso stretto, può qualificarsi in termini di vincolo giuridico in quanto di questo possiede il tratto categoriale costituito dall'esistenza di specifici obblighi comportamentali.

In particolare la Suprema Corte, ancorché l'orientamento non possa ritenersi univoco²³⁵, recentemente è giunta alla conclusione secondo la quale <<la responsabilità precontrattuale, ai sensi degli art. 1337 e 1338 c.c. , va inquadrata nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell' art. 1173 c.c. e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c. , bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli art. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c.>>.²³⁶

²³⁵ Tanto che, ancora recentemente Cass. civ., 3 ottobre 2019, n. 24738, in Giust. civ. mass., 2019, ha affermato che <<la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall' art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, non grava su chi recede l'onere della prova che il proprio comportamento corrisponda ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esuli dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma "de qua".

²³⁶ Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in Foro it. 2016, 9, I, 2685; Cass. civ., 27 ottobre 2017, n. 25644, in Foro it., 2018, 3, I, 998; Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in Resp. civ. e prev. 2012, 6, 1944. Si tratta di interpretazione che trova il

Un aspetto, quello appena ricordato, rilevante ai fini del presente lavoro, laddove l'inadempimento dell'obbligo di buona fede conduca ad un contenuto contrattuale squilibrato.

Secondo parte della dottrina, infatti, l'ambito dei danni risarcibili, in caso di violazione di obblighi precontrattuali, non dovrebbe essere limitato all'interesse negativo²³⁷, giacchè oltre al recesso ingiustificato dalle trattative o alla conclusione di un contratto non valido o

sostegno di quella dottrina secondo cui l'ordinamento attraverso l'art. 1337 c.c., ha imposto un'obbligazione *ex lege* alle parti che, stanno valutando la convenienza o meno di stipulare un rapporto contrattuale, di comportarsi "secondo buona fede". Il dovere di buona fede non è dunque espressione del generale principio del *neminem laedere*, ma, rappresenta un'obbligazione *ex lege* nascente dal contatto sociale che si instaura tra le parti nel momento dello svolgimento delle trattative ed il cui inadempimento è fonte di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. Secondo autorevolissima dottrina, infatti, «quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è indice sicuro che quella relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di buona fede», così, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. dir. comm., 1956, I, 20-29.

²³⁷ Nell'accertamento del nesso di causalità giuridica, a partire dalle speculazioni di R. VON JHERING sulla responsabilità precontrattuale tedesca (*Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione* - trad. italiana di F. Procchi -, Napoli, 2005, 31 ss.), si suole distinguere tra il criterio dell'«interesse positivo» (o «interesse all'adempimento»), che dovrebbe applicarsi ai danni da inadempimento, ed il criterio dell'«interesse negativo» (o «danno da affidamento»), che dovrebbe specificamente applicarsi, appunto, in materia di responsabilità precontrattuale [C. TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in Riv. dir. civ., 2007, I, 165]. I criteri dell'interesse positivo e dell'interesse negativo (in senso stretto come in senso lato) identificherebbero in egual modo il danno emergente, consistente in una diminuzione patrimoniale. I due criteri delimiterebbero differentemente il lucro cessante. Nella responsabilità da inadempimento, il risarcimento dell'interesse positivo comprenderebbe il valore dell'utilità non conseguita dal creditore, benché fosse esigibile un'attività del debitore finalizzata ad assicurargliela. Nella responsabilità aquiliana, invece, il risarcimento dell'interesse negativo in senso lato comprenderebbe il mancato incremento del patrimonio del danneggiato in una misura sì dettata dalla regolarità causale, ma determinata «con equo apprezzamento delle circostanze del caso». la distinzione tra interesse positivo, associato alla responsabilità da inadempimento, ed interesse negativo in senso lato, associato alla responsabilità aquiliana tout court, è stata esibita dalla Cassazione nel *leading case* sulla responsabilità da contatto sociale, avallata anche per evitare l'applicazione del criterio dell'interesse negativo, Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in Corr. giur., 1999, 441, con nota di DI MAJO.

inefficace, dovrebbe ricondursi nell'alveo della responsabilità precontrattuale, anche la fattispecie della conclusione di un contratto a condizioni diverse da quello che si sarebbe stipulato in assenza del comportamento scorretto dell'altra parte; in tal caso, il risarcimento dovrebbe ristorare, quindi, il pregiudizio subito per il c.d. "interesse differenziale" (l'interesse, a concludere, appunto, un contratto a differenti condizioni).²³⁸

Tutto quanto sopra dimostra uno sviluppo applicativo della clausola di buona fede che nel valorizzare appieno la portata innovativa dei principi costituzionali rispetto ai limiti normativi e teleologici del codice civile,

²³⁸ Come sottolineato da G. Anzani, *Interesse positivo e interesse negativo nelle diverse forme di responsabilità civile*, in Resp. civ. e prev., fasc. 5, 2019, 1692 ss., (cui si rimanda anche per i richiami dottrinari e giurisprudenziali in nota), infatti, in molte ipotesi di responsabilità precontrattuale la coincidenza tra interesse negativo ed interesse positivo comporta l'integrale risarcimento del danno derivante dalla violazione di regole di correttezza. Ciò avviene, ad esempio, nelle seguenti situazioni: 1) quando un soggetto è indotto a non stipulare un contratto che, altrimenti, avrebbe sicuramente concluso; 2) quando il pregiudizio discende dall'aver acconsentito per l'altrui scorrettezza al perfezionamento di un negozio dal contenuto indesiderato [come nella fattispecie di dolo incidente ex art. 1440 c.c., oppure in quella controversa di errore incidente], perché il danno sta nelle condizioni più sfavorevoli di quelle che sarebbero state accettate, piuttosto che di un negozio stipulato in circostanze fattuali e legali diverse da quelle sulle quali il contraente in buona fede confidava (non per la convenienza del contratto, poiché il profilo dell'equivalenza tra le corrispettive attribuzioni patrimoniali sarebbe irrilevante, bensì) per conseguire un qualche vantaggio collegato esternamente all'atto; 3) in caso di dolo o violenza a scapito di una delle parti, dato che l'illecito assume rilevanza anche ai sensi dell'art. 2043 c.c. e, a prescindere dall'operatività del criterio dell'interesse negativo nella responsabilità precontrattuale, sono comunque applicabili le regole generali in materia di responsabilità aquiliana, almeno laddove queste siano ritenute più favorevoli; 4) qualora l'illecito causi al contraente leso un danno già definitivo per la radicale impossibilità di trovare opportunità alternative di guadagno alle quali commisurarle; 5) quando i candidati ad un concorso per il pubblico impiego che dalla graduatoria risultano vincitori siano pretermessi nelle assunzioni, poiché il danno è rappresentato dai benefici economici persi per la mancata assunzione; 6) nel caso in cui l'illecito precontrattuale coinvolga interessi ulteriori rispetto a quello strettamente correlato allo stipulando contratto, perché allora il contraente scorretto consuma un illecito aquiliano, che potrebbe rilevare autonomamente e soltanto occasionalmente si colloca in un contesto di trattative negoziali; 7) quando nelle procedure ad evidenza pubblica la P.A. annulli una gara o revochi un provvedimento di aggiudicazione in modo illegittimo, perché la controparte privata aveva diritto alla conclusione del contratto.

conduce ad una potenziale rivisitazione dei limiti sistematici ordinariamente ritratti dal codice civile (come con riguardo all'istituto della rescissione).²³⁹

²³⁹ In tal senso, A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.* 1983, 155, secondo la quale con entrata in vigore della Costituzione avrebbe dovuto avere inizio il rinnovamento del sistema giuridico, con l'abrogazione delle norme assolutamente incompatibili nei riguardi della nuova dimensione della solidarietà, tra le quali andrebbe annoverata quella dell'art. 1448 c.c.; contra, U. PERFETTI, *op. cit.*, 86.

CAPITOLO VI

I CRITERI DI INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO.

SOMMARIO: 1. Aspetti generali; 2. L'orientamento tradizionale; 3. L'evoluzione giurisprudenziale e il nuovo ruolo dell'art. 1366 c.c. e dell'art. 1369 c.c.

1. Aspetti generali.

L'interpretazione del contratto²⁴⁰, quale attività finalizzata ad accertare il significato giuridicamente rilevante delle clausole contrattuali e, quindi, del contenuto del contratto²⁴¹, è al contempo presupposto (in tal modo differenziandosi) e concretizzazione (dall'interpretazione discendendo, poi, l'individuazione del regime giuridico applicabile al contratto, comprensivo, quindi, delle norme dispositive idonee ad

²⁴⁰ In materia si vedano, tra gli altri, M. CAPODANNO, *“L'interpretazione del contratto”*, Padova, 2006; F. SANGERMANO, *“L'interpretazione del contratto: Profili dottrinali e giurisprudenziali”*, 2007; L. BIGLIAZZI GERI, *“L'interpretazione del contratto”*, Milano, 2013, 61 ss.; M. BESSONE, *“La disciplina generale del contratto”*, Torino, 2013, 175 ss.; M. C. DIENER, *op. cit.*, 2010, 493 ss.; F. CAROCCIA, *“L'interpretazione del contratto. Il modello dei principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali e confronto con le esperienze nazionali”*, 2006.

²⁴¹ Il contenuto del contratto è l'insieme delle pattuizioni che determinano diritti ed obblighi delle parti, prestazioni e modalità per la loro esecuzione. Può parlarsi anche di regolamento contrattuale come <<sistemazione degli interessi delle parti>>, quale insieme di regole pattuite dalle parti per disciplinare i propri interessi ex art. 1322 c.c. Il risultato di insieme è il “programma” contrattuale, in senso giuridico, ma anche economico cui il primo è strumentale. Il contenuto dell'accordo esteriorizza e oggettivizza le volontà delle parti determinandone la sintesi. Al riguardo, si rinvia a R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015.

integrare la fattispecie negoziale laddove non derogate espressamente) dell'attività integrativa del contratto.

Attraverso l'interpretazione del contratto, il giudice accerta il reale portato delle pattuizioni volute dalle parti²⁴² sulla scorta e al contempo precisando l'intento pratico perseguito dalle stesse.²⁴³

L'attività interpretativa si compone di una serie complessa di indagini e valutazioni che il giudice di merito effettua, nel rispetto, in via principale e primaria, delle disposizioni del codice civile aventi ad oggetto specificamente tale "materia".

L'attività interpretativa del giudice, evidentemente di natura discrezionale, è strumentale ed è connessa in modo biunivoco, alla qualificazione del contratto, alla quale, parimenti, il giudice procede d'ufficio, e anche a prescindere dalla valutazione effettuata formalmente dalle parti, attraverso, di regola, il ragionamento sussuntivo della fattispecie nello schema legale corrispondente.

²⁴² Si consideri, d'altronde, che l'attività interpretativa del giudice si svolge per mezzo del processo e degli elementi di prova ai sensi dell'art. 115 c.p.c., di talchè, in concreto, le evidenze probatorie potrebbero far emergere una ricostruzione dei fatti e, quindi, della volontà contrattuale diversa da quella reale.

²⁴³ Quel che presiede all'organizzazione nella quale propriamente consiste il sistema, è da sempre l'interpretazione, che rispetto al sistema opera secondo un dispositivo discorsivo: l'interpretazione produce organizzazione, la quale istituisce un determinismo che rende necessaria nuova interpretazione che produce a sua volta nuova organizzazione, ecc. In questo senso, la complessità del sistema non comporta un conflitto con l'attività interpretativa ma rende solo necessario un adeguamento degli strumenti concettuali da porre a fondamento dell'attività interpretativa perché possa essere adeguata alla complessità e innovatività contemporanea, procedendo, alla c.d. ricerca della giusta soluzione del caso, mediante la riorganizzazione del tessuto normativo. Così, M. BARCELLONA, *Un'altra complessità, l'orizzonte europeo e i problemi della causa*, in *Juscivile*, 2016, 5, 360.

In questo modo, quindi, il giudice determina, altresì, la normativa rispondente al tipo contrattuale utilizzato dalle parti, venendo indirettamente e in via eventuale ad integrare il contratto, se necessario, ai sensi dell'art. 1374 c.c.

Come detto, in linea di principio, l'interpretazione non si confonde con l'integrazione del contratto²⁴⁴, ma ne costituisce un elemento presupposto.²⁴⁵

Con riguardo all'integrazione contrattuale, si suole distinguere tra integrazione c.d. suppletiva²⁴⁶, finalizzata a determinare il contenuto del contratto in caso di lacune nel regolamento contrattuale, e l'integrazione c.d. cogente o sostitutiva²⁴⁷, che si sovrappone e sostituisce alla volontà pattizia nella misura in cui essa si ponga in tutto o in parte in contrasto con la legge, o i valori e principi di ordine pubblico o costituzionali.

²⁴⁴ Sula quale si rinvia a S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Roma, 2004; G. GABRIELLI, *Norme imperative e integrazione del contratto*, Milano, 1994; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione, in I contratti in generale*, Torino, 1999, 1019 e ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1967, 148 ss.; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, 1969, 108 ss.

²⁴⁵ Peraltro, come si dirà, con riferimento ai criteri di interpretazione c.d. oggettiva, l'integrazione (per l'alienità della disciplina integrativa) e interpretazione c.d. oggettiva (perché comunque il criterio va al di là e al di fuori della volontà delle parti), si avvicinano. L'integrazione, in termini generali, presuppone una lacuna nel regolamento, l'interpretazione oggettiva si spiega con una particolare oscurità o necessità ermeneutica del contratto. D'altronde, l'integrazione, così come anche l'interpretazione oggettiva, possono porsi anche in termini correttivi a tutela tanto di interessi generali (come nel caso dell'operatività del principio di conservazione degli atti) quanto particolari (delle parti del contratto cioè).

²⁴⁶ S. PAGLIANTINI, G. D'AMICO, "Nullità per abuso e integrazione del contratto", Torino, 2013, 216 ss.; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, "Manuale di diritto civile", "Il contratto", 2008, p. 649; F. CIACCAFAVA, "Contratti", Milano, 2012, 61; F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2016, 951 ss.

²⁴⁷ A. COSTAGLIOLA, L. NACCIARONE, "Compendio di diritto civile", 2014, 485 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 2011, 471 ss.

Ai sensi dell'art. 1374 c.c. <<il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità>>. ²⁴⁸

Si tratta di un intervento eteronomo coerente con la logica del contratto, con gli equilibri e le scelte risultanti dall'accordo delle parti, sempre come interpretato dal giudice.

Per contro, laddove il contenuto contrattuale si ponga in contrasto con norme imperative, può verificarsi la nullità totale o parziale del contratto, in quest'ultimo caso con l'eventuale operatività dell'art. 1339

²⁴⁸ Con riguardo all'equità, quest'ultima viene indicata dalla norma come subordinata alla legge, potendo intervenire, in via integrativa solo laddove questa manchi. In questo senso, quindi, l'equità non può operare *contra legem*. D'altronde, al di fuori dei casi in cui l'equità è espressamente richiamata da puntuali norme di legge (ad es., dall'art. 1384 c.c. in materia di riduzione della penale manifestamente eccessiva) è discusso se può essere consentito un intervento correttivo, con modifica del contenuto o degli effetti del contratto. Allo stato attuale, quando non è espressamente richiamata dalla legge, l'equità può svolgersi solo in via sussidiaria e suppletiva rispetto all'autonomia privata al fine di colmare le lacune del contratto. La legge, inoltre, non indica il contenuto dell'equità ma si limita a stabilire che il giudice, quando è chiamato a giudicare, secondo equità, un contratto a titolo gratuito deve adottare una soluzione meno gravosa per l'obbligato mentre se il contratto è a titolo oneroso deve adottare una soluzione che realizza il contemperamento degli interessi e comunque in ogni caso deve agire tenendo conto dei valori generali previsti dall'ordinamento.

L'equità integrativa del contratto ricorre quando la legge consente al giudice di sopperire ad una incompleta determinazione del contenuto contrattuale, esprimendo stime, fissando prezzi ed assegnando valori alle prestazioni delle parti. Sull'equità quale fonte di integrazione del contratto si rinvia in particolare a F. GAZZONI, "Equità ed autonomia privata", 1970, 11 ss.; F. GALGANO, "Dialogo sull'equità fra il filosofo del diritto ed il giurista positivo", 401 ss.; G. TUCCI, "L'equità nel codice civile e l'arbitrato di equità", 1998, 471 ss.

Come si è detto nel capitolo che precede, peraltro, il principale strumento integrativo del contratto, in ragione dell'evoluzione applicativa della relativa clausola generale, è il principio di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. idoneo ad integrare, limitare e corregge il contenuto normativo del contratto. Tra gli autori che considerano la buona fede come fonte di integrazione del contratto si richiamano G. FALCO, "La buona fede e l'abuso del diritto", 2010, 177 ss.; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *op. cit.*, 2008, 655 ss.; M. CAPODANNO, *op. cit.*, Padova, 2006, 242 ss.; C. TURCO, "Diritto civile", Torino, 2014, 644.

c.c., che prevede la sostituzione legale delle clausole vietate con quelle imposte dalla legge,²⁴⁹ impedendo, così, che la nullità di singole clausole determini l'invalidità dell'intero negozio.

Nel primo caso, a fronte di una norma imperativa di natura proibitiva l'effetto che si produce è meramente demolitorio, nel secondo caso la funzione è conformativa, perché il contratto viene modificato negli effetti, o espungendo in tutto o in parte un determinato contenuto, oppure sostituendo ad esso un altro di contenuto alternativo.

2. L'orientamento tradizionale.

Secondo la tradizionale bipartizione, il codice idealmente divide le regole legali di interpretazione in regole di interpretazione soggettiva e regole di interpretazione oggettiva.

Il primo complesso di regole, i c.d. criteri legali di interpretazione soggettiva, hanno come scopo la ricerca della comune intenzione delle parti.

²⁴⁹ Il termine "legge" così come nel caso dell'art. 1374 c.c., deve essere inteso in senso lato con riferimento a qualsiasi normativa stabilmente ed istituzionalmente vigente indipendentemente dal livello e la fonte di provenienza compresi i principi: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2006, 545. I principi, quindi, sono idonei ad integrare il contratto; questo vale anzitutto per i principi costituzionali e per i principi di diritto comunitario, specialmente se contenuti nei Trattati, che sono direttamente applicabili nel nostro ordinamento, purché non siano in contrasto con i valori fondamentali della Carta costituzionale. Si vedano al riguardo, S. RODOTA', *op. cit.*, Milano, 118 ss.; M. NUZZO, *op. cit.*, Torino, 2015, 240; P. PERLINGIERI, *"Equilibrio normativo e principio di proporzionalità"*, Napoli, 2001; E. CANNIZZARO, *"Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale"*, Milano, 2000.

Il criterio ermeneutico che per primo viene indicato dal codice civile, al riguardo, ai sensi dell'art. 1362 c.c., consiste nell'«indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto».²⁵⁰

La norma, nel fissare la regola di principio, valorizza tanto il tenore testuale del contratto quanto il comportamento tenuto dalle parti prima e dopo la stipula. In questo senso, laddove il significato letterale del testo tradisca quest'ultimo, è il significato di quest'ultimo a prevalere.²⁵¹

Al riguardo, la ricerca della comune intenzione delle parti²⁵² non può dirsi conclusa, quando le espressioni usate sono di chiara ed univoca significazione in quanto la reale intenzione delle parti trova un

²⁵⁰ Su tale disposizione, di recente, v. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino 2008, 105, la quale rileva che «nella prassi l'art. 1362 c.c. è una norma-cannibale».

²⁵¹ In questo senso la chiarezza non va intesa in senso meramente lessicale, ma in relazione alle intenzioni dei contraenti Cass. civ., 9 dicembre 2014, n. 25840, in Foro it. 2015, 10, I, 3284. Al riguardo, secondo un primo orientamento, il senso letterale delle parole deve ritenersi il criterio fondamentale e prioritario, con la conseguenza che, ove le espressioni usate nel contratto sono di chiara ed inequivoca significazione, la ricerca della comune volontà è esclusa (Cass. civ., 29 settembre 2005, n.19140, in Mass. Foro it); secondo altra impostazione, il giudice non può mai prescindere dalla ricerca della comune intenzione delle parti, rispetto alla quale il senso letterale delle parole adoperate dai contraenti si pone come il primo degli strumenti di interpretazione Cass. civ., 25 febbraio 1982, n. 1198, in Mass. Foro it.

²⁵² Fine ultimo dell'interpretazione, secondo la dottrina tradizionale: *ex plurimis*, G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna 1943, 3; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1949, p. 352; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3ed., in Tratt. Grosso-Santoro Passarelli, Torino 1972, 182), pur non mancando una differente opinione secondo cui la "comune intenzione dei contraenti" costituisce canone interpretativo e non fine dell'interpretazione (N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova 1996; di recente A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano 2008, 47 ss.

parametro fondamentale anche nella valutazione da parte del giudice del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto.

Non solo, ma essendo la clausola inserita in un più ampio contesto regolamentare, l'art. 1363 c.c. impone di interpretare le singole clausole del contratto le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il significato che risulta del complesso dell'atto.²⁵³

Occorre, quindi, dare a ciascuna parte del testo un significato coerente con quello delle altre parti e con altre circostanze rilevanti, il criterio di interpretazione essendo di applicazione necessaria.²⁵⁴

Sempre nell'ottica individualizzante dell'interpretazione soggettiva del contratto, finalizzata cioè ad accertare la specifica volontà comune inerente proprio "quel" rapporto contrattuale, l'art. 1364 c.c. dispone, che per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di

²⁵³ In questo senso, quindi, Il significato delle parole utilizzate nel testo contrattuale, e, quindi, il valore da attribuire alla dichiarazione negoziale, deve essere ricercato in ogni parte e in ogni parola che compone il testo contrattuale, e non in una parte soltanto, quale una singola clausola contrattuale, dovendo il giudice, ai sensi dell'art. 1363 c.c., collegare e raffrontare tra loro frasi e parole, come anche il contesto relazionale delle parti, al fine di chiarire il significato del regolamento contrattuale: Cass. 28 agosto 2007, n. 18180, in *Danno e resp.*, 2008, 752, con nota di I. CONFORTINI; Cass. 22 dicembre 2005, n. 28479, in *Obb. e contr.*, 2006, 553, con nota di Gennari; Cass. 16 giugno 2003, n. 9629, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2334; Cass. 17 febbraio 2010, n. 3685, in *Orient. g. lav.*, 2010, 28; Cass. 26 febbraio 2009, n.4670, in *Obb. e contr.*, 2009, 653, con nota di GENNARI; Cass. 22 febbraio 2007, n. 4176, in *Arch. giur. op. pubb.*, 2007, 252.

²⁵⁴ F. ASTONE, *Art. 1363*, in *Comm. Gabrielli*, Torino 2011, p. 452 e ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso*, II, Torino 2015, 563, *Contra* sembra porsi Cass. 31 maggio 2011, n. 12037, in *Guida dir.*, 2011, n. 42, 23. Si veda, poi, G. GIACOBBE, *L'interpretazione del contratto*, in *Diritto civile*, a cura di Lipari e Rescigno, III.2, Milano 2008, 568, che a fronte della chiarezza del testo sembra escludere l'interpretazione sistematica.

contrattare; parimenti, l'art.1365 c.c., per le espressioni esemplificative, queste non precludono l'applicazione delle clausole che le utilizzano ad altri casi, secondo ragione.

A questo punto si staglia l'art. 1366 c.c. secondo il quale, il contratto deve essere interpretato secondo buona fede: su tale norma ci si soffermerà compiutamente nel prossimo paragrafo.

I successivi criteri ermeneutici, invece, hanno natura pressoché "oggettiva", perché si riferiscono ad elementi esterni alla volontà contrattuale che possono anche prescindere da quest'ultima e, altresì, porsi in certo modo in contrasto con l'intenzione delle parti, assumendo rilevanza quando l'ambiguità e oscurità delle disposizioni contrattuali ovvero ulteriori circostanze ritenute rilevanti dal legislatore impongono l'apporto di specifici correttivi ermeneutici.

In tal senso, l'art. 1367 c.c. recante il principio della conservazione del contratto, stabilisce che la clausola si interpreta nel senso in cui è valida o è efficace, anziché in quello per il quale sarebbe invalida o inefficace.

Parimenti, ai sensi dell'art. 1368 c.c. la clausola ambigua si interpreta secondo ciò che generalmente si pratica nel luogo in cui il contratto è stato concluso, ovvero laddove uno dei contraenti sia un imprenditore, nel luogo in cui è situata la sede dell'impresa.

Con l'art. 1370 c.c. il legislatore precisa che le clausole che pongono condizioni generali di contratto si interpretano, nel dubbio, contro

l'autore della clausola, ossia nel senso più favorevole all'altro contraente, che è il contraente più debole.

Se il contratto rimane ancora oscuro, il contratto a titolo oneroso si interpreta nel senso che realizza l'equo contemperamento degli interessi delle parti, ossia il migliore equilibrio possibile tra prestazione e controprestazione; il contratto a titolo gratuito si interpreta nel senso meno gravoso per il contraente obbligato (art. 1371 c.c.).

L'art.1369 c.c., poi, dispone che le espressioni contrattuali che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto.

Nel confrontare le regole di interpretazione soggettiva con le regole di interpretazione oggettiva, la Corte di Cassazione inizialmente ha messo al primo posto le regole di interpretazione soggettiva attribuendo, invece, a quelle oggettive un carattere sussidiario.

Si tratta del c.d. principio del "gradualismo", per cui ai criteri di c.d. interpretazione oggettiva può farsi seguito solo se non siano stati risolutivi quelli soggettivi.²⁵⁵

Il principio si fonda, dunque, sulla c.d. sussidiarietà dei criteri interpretativi, in forza della quale esisterebbe un ordine nei criteri indicati dal legislatore agli artt. 1362 ss. c.c., con conseguente

²⁵⁵ La finalità del principio espresso dalla giurisprudenza era quella di evitare che il giudice potesse finire per sostituire la propria opinione soggettiva alla volontà effettiva delle parti (in questo senso, Cass. civ., 11 maggio 1971, n. 1341, in Giur. it., 1973, I, 1, c. 691); sotto altro profilo, si intendeva evitare la pretestuosa censura delle pronunce che avessero fatto riferimento al solo criterio dell'interpretazione letterale.

gradualismo nell'applicazione degli stessi e primazia del criterio di interpretazione letterale in forza del quale, chiarito il significato facendo applicazione di quest'ultimo criterio, risulta precluso all'interprete l'uso degli altri criteri interpretativi.²⁵⁶

Tale principio, d'altronde, può dirsi ormai tendenzialmente superato dalla Suprema Corte di Cassazione nel senso che recenti pronunce²⁵⁷,

²⁵⁶ Tra le ultime pronunce in tal senso Cass. civ., 8 novembre 2013, n. 25243, in Nuova giur. civ. comm., 2014, I, 296, con nota di FOGLIA, recentemente, Cass., civ., 21 maggio 2019, n. 13603, in Giust. civ. mass., 2019, ha sottolineato che «<il ricorrente in cassazione il quale deduca che l'interpretazione di un contratto è avvenuta in violazione degli artt. 1366 e 1369 c.c. ha l'onere di indicare, a pena di inammissibilità del gravame, l'elemento semantico di tale contratto che, essendo oggettivamente incerto nel suo significato, rende non sufficiente, per la ricerca della volontà comune delle parti, l'utilizzo del criterio cd. letterale e necessaria, invece, l'applicazione di quelli della buona fede o della funzione del contratto>>».

²⁵⁷ Si veda, in particolare, Cass., civ., 6 luglio 2018, n. 17718, in Giust. civ. mass., 2018; Cass., civ., 22 ottobre 2014, n. 22343, in Guida al dir., 2014, 47, 28, con nota di PIRRUCCIO, ma ancora prima, Cass. civ., 19 maggio 2011, n. 10998, in Guida al dir. 2011, 24, 65, aveva affermato che «se è vero che l'elemento letterale assume funzione fondamentale, il giudice, nel rispetto del cd. principio del gradualismo, deve allora se del caso fare ricorso anche agli ulteriori criteri di interpretazione, e in particolare a quelli, anch'essi in realtà primari criteri d'interpretazione soggettiva, dell'interpretazione funzionale ex art. 1367 c.c. e dell'interpretazione secondo buona fede o correttezza ex art. 1366 c.c. Il principio di tali criteri consente di accertare il significato dell'accordo alla stregua della relativa ragione pratica o causa concreta>>». In dottrina avverso il gradualismo si vedano, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 420 ss.; ID., *Sulla «sussidiarietà» dei criteri legali di interpretazione non letterale del contratto*, in Studi in ricordo di Alberto Auricchio, Napoli, 1974, 129 ss., ed ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma*, vol. II, t. I, Milano 2002, 225 ss., da cui sono tratte le ulteriori citazioni; ID., *Note in tema di interpretazione del contratto e d'intervento del proprietario nella vendita di cosa altrui*, in Giust. civ., 1974, I, 1279 ss., ed ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma*, vol. II, t. I, Milano 2002, 253 ss., da cui sono tratte le ulteriori citazioni; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., 17 ss.; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 4a ed., Torino 2016, 1354 ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 615 ss.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli 1985, 188 ss.; A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti*, Milano 2003, 10 ss.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli 2011, 229 ss.; ID., *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino 2012, 3; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in Trattato del contratto diretto da Roppo, II. Regolamento, Milano 2006, 308 ss.; V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione*, cit., 65 ss.

pur dando conto dell'orientamento tendenzialmente consolidato²⁵⁸, secondo cui ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti il primo e principale strumento è rappresentato dal senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate nel contratto, il rilievo da assegnare alla formulazione letterale va peraltro verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale, e le singole clausole debbono essere considerate in correlazione tra loro, procedendosi al relativo coordinamento ai sensi dell'art. 1363 c.c., giacchè per senso letterale delle parole va intesa tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale, in ogni sua parte ed in ogni parola che la compone, e non già in una parte soltanto, quale una singola clausola di un contratto composto di più clausole, dovendo il giudice collegare e raffrontare tra loro frasi e parole al fine di chiarirne il significato.²⁵⁹

La Corte, inoltre, pur assumendo l'elemento letterale funzione fondamentale nella ricerca della volontà della reale o effettiva volontà delle parti, il giudice deve in proposito fare invero applicazione anche degli ulteriori criteri di interpretazione, e in particolare di quelli dell'interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c. e dell'interpretazione secondo buona fede o correttezza ex art. 1366 c.c. Tali criteri debbono essere infatti correttamente intesi quali primari criteri d'interpretazione

²⁵⁸ Fatta eccezione per qualche pronunzia di segno diverso, ad es., Cass. civ., 10 ottobre 2003, n. 15150, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 10; Cass., civ. 23 dicembre 1993, n. 12758, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1925.

²⁵⁹ Cass. civ., 28 agosto 2007, n. 18180, in *Giust. civ.*, 2008, 3, I, 684; Cass. civ., 22 dicembre 2005, n. 28479, in *Obbl. e contr.*, 2006, 6, 553.

soggettiva, e non già oggettiva, del contratto ²⁶⁰, avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e, quindi, alla relativa causa concreta²⁶¹.

Il primo di tali criteri (art. 1369 c.c.) consente di accertare il significato dell'accordo in coerenza appunto con la relativa ragione pratica o causa concreta.

L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza ex art. 1366 c.c. costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale²⁶², applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere, sia in ambito contrattuale che nei rapporti comuni della vita di relazione, un comportamento leale (specificantesi in obblighi di informazione e di avviso) nonchè volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio²⁶³, e che già la Relazione ministeriale al codice civile (ove si sottolinea come esso richiami "nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore") indica doversi intendere in senso oggettivo, enunciando un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost. che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il

²⁶⁰Cass. civ., 23 maggio 2011, n. 11295, in Giust. civ., 2012, 2, I, 430; Cass. civ., 19 maggio 2011, n. 10998, cit.

²⁶¹ Cass. civ., 23 maggio 2011, n. 11295, cit.

²⁶² Cass. civ., 31 maggio 2010, n. 13208, in Giust. civ. 2011, 12, I, 2925; Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.; Cass. civ., 5 marzo 2009, n. 5348, in Giust. civ. mass., 2009, 3, 391.

²⁶³ Cass. civ., 15 febbraio 2007, n. 3462, in Giust. civ. mass., 2007, 6.

dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicchè dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sè, un danno risarcibile²⁶⁴.

Tale obbligo, quale criterio d'interpretazione del contratto (fondato sull'esigenza definita in dottrina di "solidarietà contrattuale"), si specifica, in particolare, nel significato di lealtà, sostanziandosi nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte.²⁶⁵

A tale stregua esso non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali non rispondenti alle intese raggiunte²⁶⁶ e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale²⁶⁷.

La giurisprudenza, quindi, ha attribuito centralità non solo al principio di buona fede, ma ancor prima al criterio interpretativo di cui all'art. 1369 c.c. che, collegato agli sviluppi giurisprudenziali in materia di causa concreta del contratto, diviene a ben vedere il fulcro ermeneutico

²⁶⁴ Cass. civ., 10 novembre 2010, n. 22819, in Vita not., 2011, 1, 357.

²⁶⁵ Cass. civ., 25 maggio 2007, n. 12235, in Rass. dir. civ., 2008, 4, 1134.

²⁶⁶ Cass. civ., 23 maggio 2011, n. 11295, cit.

²⁶⁷ Con riferimento alla causa concreta del contratto autonomo di garanzia, Cass. civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in Giust. civ. Mass., 2010, 2, 237.

del nuovo approccio evidentemente più penetrante del giudice sulle caratteristiche dell'operazione negoziale.

La necessità di un utilizzo combinato dei diversi criteri ermeneutici si impone sia in quanto lo stesso legislatore, con l'art. 1362 c.c., afferma che l'interprete, nell'accertare la comune intenzione dei contraenti, non deve limitarsi al senso letterale delle parole, vale a dire al solo criterio letterale; sia in quanto l'interpretazione testuale, normalmente, non è pressoché mai di per sé sola sufficiente a dar conto dell'effettiva volontà delle parti, rilevando, infatti, anche i comportamenti tenuti dalle stesse e tutti gli altri elementi che, non a caso, sono stati individuati negli altri articoli del codice civile relativi ai criteri di interpretazione del contratto.²⁶⁸

Il mero dato letterale, infatti, senza ulteriormente considerare la complessa relazione tra le parti e, quindi, gli altri criteri ermeneutici, non consente di cogliere la natura dinamica del rapporto contrattuale, il che si traduce in una visione statica e chiusa del regolamento contrattuale, che lungi dal condurre ad individuare la comune intenzione delle parti si risolve nell'assegnare un senso alle parole che compongono il testo contrattuale, senza che ciò corrisponda

²⁶⁸ A. MORACE PINELLI, *In claris non fit interpretatio: un brocardo che non trova asilo nel nostro ordinamento giuridico*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1164 ss.; G. GIACOBBE, *L'interpretazione del contratto*, cit., 558; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3a ed., in *Comm. cod. civ. Utet* (Artt. 1321-1469), Torino 1980, 207; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., 311 s., il quale intende il significato letterale come propedeutico ad ogni altra indagine. In giurisprudenza vd. Cass. 20 gennaio 1984, n. 511, in *Giust. civ. rep.*, 1984; Cass. 12 luglio 1980, n. 4480, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2413.

necessariamente al concreto e reale regolamento contrattuale voluto dalle parti.²⁶⁹

3. L'evoluzione giurisprudenziale e il nuovo ruolo dell'art. 1366 e dell'art. 1369 c.c.

Come accennato, ai sensi dell'art. 1366 c.c. il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.²⁷⁰

Si tratta di un canone ermeneutico dalla difficile ricostruzione sistematica, stante la sua natura e collocazione intermedia nell'ambito dei criteri di interpretazione.²⁷¹

²⁶⁹ D. ACHILLE, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, in Riv.dir.civ., 1/2017, 164.

²⁷⁰ Il criterio della buona fede, si pone come criterio generale che va applicato sia con riguardo all'effettivo intento delle parti, come con riguardo all'attribuzione di senso al contratto nella difficoltà di individuarne l'intento effettivo. Ciò in quanto, secondo una ricostruzione, infruttuosamente esperiti i criteri soggettivi, prima di passare a quelli oggettivi il giudice dovrà valutare il significato che ciascuna delle parti poteva ragionevolmente aspettarsi in una negoziazione corretta o poteva lealmente attendersi che l'altra condividesse: si veda, al riguardo, R. ALESSI, *op. cit.*, 357. L'autore al riguardo, richiama gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria laddove la CGUE, ad esempio con pronuncia C-451/11 del 14.3.2013, nel precisare i confini dell'utilizzo del principio di buona fede per verificare la vessatorietà delle clausole nei contratti tra professionista e consumatore, ha chiarito che consiste nel verificare se il professionista qualora avesse trattato in modo leale ed equo il consumatore avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse ad una siffatta clausola. In questo senso, interpretare secondo buona fede una clausola significa attribuirle tra più significati possibili, nel contesto del contratto, quello che in una negoziazione improntata a correttezza e lealtà ciascuna parte avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi

²⁷¹ La natura, soggettiva o oggettiva, del criterio ha diviso la dottrina, anche se allo stato deve ritenersi prevalere la tesi che assume la natura "soggettiva" del criterio, valorizzando lo stesso il significato che le parti hanno legittimamente creduto di attribuire al regolamento contrattuale: in tal senso, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 415; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 184 s. La relazione ministeriale al codice civile, al n. 622, invece, dava conto del fatto che la norma collocata nell'art. 1366 che fissa il principio dell'interpretazione secondo buona fede costituiva il «punto di sutura» tra il momento soggettivo ed oggettivo dell'interpretazione; nel senso che

Come si è visto nel paragrafo precedente, alla luce del più recente orientamento giurisprudenziale, la «primaria regola d'interpretazione» deve ritenersi l'interpretazione secondo buona fede, da intendersi quale criterio ermeneutico (fondato sull'esigenza definita in dottrina di «solidarietà contrattuale») che si specifica in particolare «nel significato di lealtà, che si sostanzia nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte».²⁷²

rappresenta, invece, una tipologia di criterio «oggettivo», si vedano F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, 2a ed., in Tratt. Cicu-Messineo, Milano 2002, 471; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 477, il quale ritiene di dover qualificare il criterio ermeneutico come oggettivo sul rilievo che il significato attribuito secondo buona fede non corrisponde alla comune intenzione delle parti in quanto, utilizzando siffatto criterio, «si attribuisce al contratto il significato su cui una parte aveva fatto legittimo affidamento»; F. ZICCARDI, *Interpretazione del negozio giuridico*, cit., 6; ID., *Le norme interpretative speciali*, Milano 1972, 36; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., 346; C. GRASSETTI, voce *Interpretazione dei negozi giuridici inter vivos*, in Nov. D., VIII, Torino 1962, 907.

In giurisprudenza, che il canone ermeneutico della buona fede andasse catalogato fra i criteri di c.d. «interpretazione oggettiva» era pacifico nella giurisprudenza più risalente (Cass. 11 giugno 1991, n. 6610; Cass. 20 gennaio 1989, n. 345; Cass. 5 aprile 1984, n. 2204, Cass. 19 luglio 2004, n. 13392). Oggi, l'insegnamento della Suprema Corte è invece nel senso che, «pur assumendo l'elemento letterale funzione fondamentale nella ricerca della reale o effettiva volontà delle parti, il giudice deve in proposito fare (...) applicazione altresì degli ulteriori criteri di interpretazione, e in particolare di quelli dell'interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c., e dell'interpretazione secondo buona fede o correttezza ex art. 1366 c.c. Tali criteri debbono essere infatti correttamente intesi quali primari criteri d'interpretazione soggettiva, e non già oggettiva, del contratto, avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e quindi alla relativa causa concreta. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza ex art. 1366 c.c., quale criterio d'interpretazione del contratto (fondato sull'esigenza definita in dottrina di «solidarietà contrattuale»), si specifica in particolare nel significato di lealtà, sostanziantesi nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte. A tale stregua esso non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali, non rispondenti alle intese raggiunte, e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale» Così, testualmente, Cass. 6 maggio 2015, n. 9006, in Resp. civ. e prev., 2015, 4, 1293. In senso conforme, *ex plurimis*, Cass. 14 marzo 2016, n. 4967, in Riv. dir. not., 2016, 2, 318.

²⁷² C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 415. In tal senso sembra anche porsi una recente pronuncia di legittimità la quale in motivazione ha affermato che «ove

In questo senso, interpretare il contratto secondo buona fede significa, in prima battuta, attribuire al contratto il significato conforme a lealtà, al fine ultimo di non suscitare falsi affidamenti nonché tutelare gli affidamenti ingenerati tra le parti del contratto, con il limite della diligenza dell'uomo medio²⁷³, in modo da non alterare il significato che si è fatto credere debba essere attribuito al regolamento contrattuale²⁷⁴

l'interpretazione delle clausole di un contratto presenti nei margini di ambiguità, dovrà comunque essere preferita l'interpretazione più rispondente alla buona fede» (così Cass. 27 agosto 2014, n. 18349, inedita, la quale inoltre richiama Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giur. it.*, 2010, 1560 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 448). Di recente, M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzione, usi, problemi*, Torino 2011, 355, pur nell'ambito dell'analisi dedicata al diritto dispositivo contrattuale, in una più ampia prospettiva, afferma che «la buona fede interpretativa ha (o almeno a mio avviso dovrebbe avere) un ruolo primario nella ricostruzione del regolamento contrattuale da parte dell'interprete, e più in generale del giudice»; nonché ID., *Comune intenzione delle parti e principio di buona fede nell'interpretazione del contratto: un osservatorio sull'autonomia privata*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Genova*, 2002-2003, 210 ss. Nella prospettiva del diritto europeo dei contratti, E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Atti del Convegno di studio tenutosi a Siena il 22-24 settembre 2004, Milano 2006, 542.

²⁷³ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 423; ID., *La nozione di correttezza*, cit., 412. La tutela dell'affidamento che scaturisce dalla buona fede ha costituito oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina nella differente prospettiva dell'esercizio del diritto di recesso e dell'abuso del diritto, conducendo a valorizzare il dovere di coerenza delle parti al fine ultimo, sembra, di giustificare e fondare il controllo giurisdizionale sulle modalità e finalità dell'esercizio del diritto di recesso (F. GAMBINO, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto)*, in *Scritti in onore di Antonino Cataudella*, Napoli 2013, p. 1021 ss.). Al riguardo, pur con riferimento alla risoluzione del contratto, D. ACHILLE, *Clausola risolutiva espressa, buona fede in executivis e controllo giudiziale sull'inadempimento*, in *Giur. it.*, 2016, 2367 ss.

Al riguardo, va ricordato che secondo altre impostazioni, il canone interpretativo in questione va ricondotto allo stato psicologico dei contraenti nell'intendere il contratto (G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 167), o alla soggettiva opinione o non falsa credenza o non ignoranza di una o più circostanze di fatto e di diritto (R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, Torino 1950, 12 ss.) alla tutela dell'affidamento (G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969, 71).

²⁷⁴ Al riguardo C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit., 211, il quale afferma che «il canone di lealtà [...] si concretizza in tre principali comportamenti negativi, e cioè il non suscitare falsi affidamenti, il non speculare su falsi affidamenti e, ancora, il non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte».

Il concetto di “buona fede interpretativa” e il relativo fondamento solidaristico, in questo senso, quindi, rimangono ancorati ad un approccio “interno” alla volontà reale delle parti, nel senso che è, comunque, volto a ricostruire il significato obiettivo dell’accordo, quand’anche questo significato risulti socialmente anomalo.²⁷⁵

Per contro, secondo altro orientamento, va valorizzato il concetto di “ragionevolezza” fino al punto da assimilarlo a quello di buona fede interpretativa, nel senso che «interpretare il contratto secondo buona fede, o secondo correttezza, vuol dire che il contratto deve essere interpretato secondo ragionevolezza, cioè, esplicitando il contenuto tenendo conto che esso risponde – o deve rispondere – ad equità e giustizia. Interpretare il contratto secondo buona fede, in definitiva, significa attribuire al contratto un contenuto equo e giusto, nei limiti in cui la forma e ancor più il comportamento complessivo dei contraenti, lo consenta».²⁷⁶

L’orientamento in questione richiama un concetto di “ragionevolezza” in termini strettamente oggettivi, che, quindi, si pone in termini eccentrici rispetto alla volontà delle parti.

²⁷⁵ D. ACHILLE, *op. cit.*, 166. In questo senso, assume dunque fondamentale rilievo che il contratto venga interpretato avuto riguardo alla sua ratio, alla sua ragione pratica, in coerenza con gli interessi che le parti hanno specificamente inteso tutelare mediante la stipulazione contrattuale: si vedano, Cass. civ., 19 marzo 2018, n. 6675, in *Giust. civ. mass.* 2018; Cass., 22 novembre 2016, n. 23701, in *Giust. civ. mass.*, 2017.,

²⁷⁶ A. SCALISI, *La comune intenzione*, cit., 203; nel medesimo senso, C. SCOGNAMIGLIO, *L’interpretazione*, in *I contratti in generale* a cura di Gabrielli, II, nel *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno, Torino 2000, 924, e già ID., *Interpretazione del contratto*, cit., 350 ss.; G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 732.

Al riguardo, d'altronde, la ragionevolezza, per quanto certamente intervenga all'interno del ragionamento secondo buona fede nell'ambito della ricostruzione della volontà delle parti, d'altronde, non può essere intesa quale mero limite di rilevanza, in termini di meritevolezza, dell'affidamento nutrito da ciascuna delle parti.

In questo senso, il collegamento "solidaristico" dell'art. 1366 c.c. con l'art. 2 Cost.²⁷⁷ impone al giudice di ricostruire la volontà delle parti dall'insieme degli elementi a sua disposizione (testuali, comportamentali ecc.), in modo che la volontà delle parti sia il più conforme possibile ai valori e ai principi costituzionali, tra i quali anche quello di tutela degli interessi reciproci delle parti e quello tendente fondamentalmente ad una soluzione equilibrata in relazione alla tipologia di regolamentazione che le parti hanno inteso adottare.

In questo senso, garantendo il collegamento tra la comune intenzione delle parti e, ad esempio, il criterio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c., se un'ambiguità impedisce di comprendere fino in fondo la natura del contratto come stipulato, o una clausola di esso, certamente occorre

²⁷⁷ Sul punto, F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in Riv. dir. civ., 2001, I, 544; F. PROSPERI, *La buona fede tra regola di condotta e regola di validità nella tutela del contraente debole*, in Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo, II, Napoli 2003, 575; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in Tratt. Cicu-Messineo, Milano 1974, 36. Diversamente, in particolare, L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in Banca, borsa, tit. cred., 1997, I, 9.; in giurisprudenza, Cass. 7 ottobre 2008, n. 24733, in Notiz. g. lav., 2008, 805, la quale con riguardo alla buona fede interpretativa, afferma che «operando come criterio di reciprocità nei rapporti tra debitore e creditore, enuncia un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 cost. ed impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire così da preservare i reciproci interessi».

preferire quella soluzione che consente non solo di mantenere “intatto” il contratto o la clausola, ma anche di tutelare in modo equilibrato la posizioni di entrambe le parti, partendo dal presupposto implicito, ma ragionevole, che le parti, nel perseguire i rispetti interessi, cercano di addivenire ad una soluzione sempre e comunque equilibrata in relazione ovviamente alla tipologia di contratto e, cioè, agli effetti specifici che intendono perseguire con quella particolare operazione economico-giuridica.

Occorre, cioè, che tra più significati possibili compatibili con le caratteristiche del tipo di negozio voluto dalle parti e con gli elementi emergenti dagli atti, si proceda all’interpretazione “più equilibrata” in conformità anche ai principi costituzionali cui si presume le parti abbiano inteso conformarsi.

In questo senso, non può escludersi una funzione latamente “conformativa”²⁷⁸ e “valoristica” dell’interpretazione secondo buona fede²⁷⁹, nella misura in cui, pur ricostruendo la comune volontà, in mancanza di elementi chiari ed univoci, il giudice procede “orientando” la volontà stessa verso un ragionevole equilibrio degli interessi in gioco anche in conformità ai principi costituzionali.

²⁷⁸ In questo senso, P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: i profili dell’individuazione normativa*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli 2003, 5 ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., 304; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell’interpretazione*, cit., 216 ss.; ID., *Contratto e interpretazione*, cit., 30.

²⁷⁹ Contra, C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit., 211, D. ACHILLE, *op. cit.*, 173 - 175.

E' evidente, quindi, che a fronte dello stretto collegamento tra interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c. e causa concreta del contratto, da un lato, e dell'effetto latamente conformativo dell'interpretazione secondo buona fede, dall'altro lato, la corretta distinzione teorica tra il procedimento interpretativo e quello di integrazione del contratto²⁸⁰, in pratica viene a sbiadire anche in considerazione del più sopra ricordato apporto fondamentale che il principio di buona fede e correttezza svolge proprio in sede di integrazione del contratto.²⁸¹

Sotto quest'ultimo profilo, d'altronde, se è corretto distinguere teoricamente i due momenti, poi, di fatto, l'operare su più livelli del principio di correttezza e buona fede finisce, comunque, per determinare quella conformazione della regolamentazione contrattuale che può in concreto scontrarsi con la visione e ricostruzione egoistica fatta da una o in taluni casi anche da entrambe le parti, come dedotta in giudizio.

²⁸⁰ In questo senso, tra gli altri, A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 583; ID., *Art. 1362*, in Comm. Gabrielli, Torino 2011, 388; A. SCALISI, *La comune intenzione*, cit., 192 ss.; P. GALLO, *Contratto e buona fede*, cit., 531.

²⁸¹ Peraltro, è la stessa Corte di Cassazione che in alcuni casi in modo espreso sovrappone i piani, in questo senso, ad es., Cass. civ., 04 luglio 2014, n.15392, in Giust. civ. mass., 2014, ha sottolineato che <<in tema di compravendita di immobili, qualora il contratto preliminare preveda l'obbligo del promissario acquirente di sostenere l'onere delle spese per la redazione delle tabelle millesimali, ancora da ultimare al momento della stipula dell'atto, il promittente venditore è tenuto alla consegna degli elaborati tecnici necessari alla stesura definitiva delle stesse, desumendosi tale obbligo non dall'art. 1477, terzo comma, cod. civ., il quale riguarda i soli documenti che rendano agevole la fruizione della cosa venduta, ma dall'interpretazione secondo buona fede della volontà negoziale, espressione dell'interesse del compratore ad avere a disposizione le tabelle ed a conoscerne l'intero processo formativo al fine di controllare l'esercizio dei poteri dell'assemblea e la corretta ripartizione delle spese condominiali>>.

Quindi, il ragionamento interpretativo del giudice che valorizza e argomenta in termini di correttezza e buona fede, comunque, incide sulla ricostruzione della volontà comune delle parti, in modo non dissimile, ancorchè su piani differenti, da quanto accade laddove si riscontri una lacuna ovvero ancora una contrarietà al principio di buona fede nella comune volontà delle parti.

La logica, in questo senso, *mutatis mutandis*, è quella della interpretazione costituzionalmente orientata. La declaratoria di incostituzionalità è possibile ed è al contempo necessaria solo se non sia possibile attribuire alla norma un significato conforme a Costituzione, perché si deve presupporre che il legislatore nell'emanare una legge lo abbia fatto nel rispetto dei principi costituzionali.

Dopodiché, certamente, nel concetto vi rientra anche necessariamente la tutela dell'affidamento, inteso come affidamento dell'uomo medio²⁸², nel senso che non è consentito di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali non rispondenti alle intese raggiunte e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale.

Ma ciò in quanto il criterio di fondo è la ragionevolezza intesa come presumibile principio di coerenza rispetto, anche, ai principi e valori fondanti del sistema.

²⁸² Cass. civ., 12 marzo 2014, n. 5782, in Mass. Foro it., 2014, 192.

In questo senso, quindi, se il collegamento tra il criterio in questione e la causa concreta impedisce di giustificare una interpretazione «estranea allo scopo pratico che lo stipulato contratto in argomento era funzionalmente volto a realizzare», d'altro canto, nel ricercare questo scopo pratico valorizzando tutti gli elementi, testuali e non, del rapporto tra le parti, il giudice deve presupporre, salva prova contraria, in caso di dubbi interpretativi, che le parti abbiano inteso addivenire ad es., ad un contratto lecito e coerente con le norme imperative e i principi costituzionali.

Come è stato correttamente sottolineato, si viene a determinare la c.d. circolarità del procedimento interpretativo, per cui «il significato di ciò che le parti hanno concordato non può essere adeguatamente accertato se non si tiene conto della ragione pratica dell'affare, ossia della causa concreta [...] la ragione pratica dell'affare, a sua volta, può essere identificata solo considerando il contenuto dell'accordo in cui si rivela il disegno unitario del contratto».²⁸³

²⁸³ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 434. In questo senso, l'interpretazione del contratto impone una valutazione complessiva finalizzata ad accertare il reale valore del programma negoziale che tenga conto della ragione pratica del contratto, cioè dell'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare, ovvero la sintesi degli interessi individuali. Contra nel senso che per individuare la causa occorrerebbe aver già interpretato il regolamento contrattuale, con conseguente inutilizzabilità di tale elemento ai fini ermeneutici, A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 599: al riguardo, è stato sottolineato che la circolarità in parola si comprende considerando che per accertare e determinare la causa del contratto non vi è necessariamente bisogno di determinare tutti gli aspetti del regolamento contrattuale, mentre una volta appurata la causa è possibile interpretare e completare il significato del contratto anche con riguardo a quelli elementi che in prima istanza non hanno contribuito a determinare la causa, Esempio può farsi con riguardo alla determinazione del luogo ove deve essere eseguita la prestazione contrattuale, il quale ben può essere determinato in seguito all'individuazione della causa del contratto facendo così emergere la circolarità del

Al riguardo, l'art. 1369 c.c., integra il c.d. criterio di interpretazione "funzionale"²⁸⁴, attraverso il quale il giudice attribuisce rilevanza alla ragione pratica del contratto, individuando gli interessi per la soddisfazione dei quali le parti avevano inteso stipulare lo stesso, attraverso quel determinato programma o regolamento negoziale²⁸⁵.

Si valorizza, così, anche sul piano ermeneutico, la c.d. causa concreta del contratto medesimo, il procedimento interpretativo dovendo, infatti, essere diretto a «precisare l'economia del contratto» come emerge «dall'articolata complessità delle clausole»²⁸⁶.

L'art. 1369 c.c., in questo senso, costituisce espressione di un importante criterio logico di interpretazione, ispirato ai criteri di ragionevolezza e adeguatezza, che impone l'interpretazione del contratto in stretta connessione con la sua causa e con il suo contenuto; sì che la sua portata applicativa va ben oltre la semplice funzione di chiarire il significato di "termini" ed "espressioni" con più sensi, per assumere una valenza generale e sistematica».²⁸⁷

momento interpretativo (in questo senso, D. ACHILLE, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, cit., 182.

²⁸⁴ L'interpretazione funzionale pur non trovando un esplicito e preciso riferimento in una norma puntuale, è di fatto richiamata non solo dal disposto dell'art. 1369 c.c. (C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 433; contra, C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova 1992, 331 s.), ma è collegato, altresì all'art. 1366 c.c. e al criterio di interpretazione secondo buona fede (così, D. ACHILLE, *op. cit.*, 165).

²⁸⁵ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 433. Secondo altri, invece, l'interpretazione funzionale, va intesa come lo strumento che consente di far emergere gli scopi o le finalità ulteriori perseguite da una delle parti del contratto (in questo senso M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli 2003, 338 ss.).

²⁸⁶ G. ALPA, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in G. it., 1973, I, 1, c. 1507 ss.; si veda anche C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 433.

²⁸⁷ E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., 345.

In particolare, è stato correttamente sottolineato che l'interpretazione funzionale si correla, primariamente, proprio alla “comune intenzione dei contraenti>> intesa quale intento pratico risultante dal testo e dai segni contestuali con ciò facendo emergere l'interesse specifico di un contraente di cui la controparte si è fatta carico, sicchè risulta immediata l'afferenza al concetto di causa concreta del contratto, alla cui stregua è necessario attribuire il significato alla regola contrattuale²⁸⁸; non solo, ma risulta chiaramente la natura “soggettiva” del criterio in esame²⁸⁹, essendo finalizzato a ricercare l'effettiva volontà delle parti e non ad imporre un significato obiettivo del contratto.

Con riguardo all'indagine specifica del presente lavoro, quindi, è evidente la centralità del criterio funzionale e delle due norme in questione: infatti, in modo per vero non dissimile a quanto previsto dalla norma di chiusura di cui all'art. 1371 c.c., è fondamentale per il giudice comprendere l'effettiva portata e natura dell'operazione contrattuale posta in essere dalle parti, e delle singole clausole

²⁸⁸ In questo senso, A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., 534 e D. ACHILLE, *op. cit.*, 166.

²⁸⁹ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 404 e 415; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., 42 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 247; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova 1949, 78; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano 1964, 244; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966, 128. Ritengono invece che il criterio di cui all'art. 1369 c.c. sia criterio di interpretazione oggettiva C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., 110, F. ZICCARDI, *Interpretazione del negozio giuridico*, in Enc. giur. Treccani, Roma 1989, 7; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto* (Artt. 1362-1371), Ristampa con prefazione, note di aggiornamento e bibliografia di V. Calderai, in Comm. Schlesinger, Milano 2013, 333.

dell'accordo negoziale, sotto il profilo della causa concreta, e per fare questo deve, quindi, valorizzare gli elementi tutti che caratterizzano l'operazione economica. Medesima.

E' evidente il nesso inscindibile tra causa concreta del contratto e procedimento ermeneutico, atteso che, come chiaramente evidenziato in dottrina, «il significato di ciò che le parti hanno concordato non può essere adeguatamente accertato se non si tiene conto della ragione pratica dell'affare, ossia della causa concreta»²⁹⁰.

In questo senso, tanto per fare un esempio, uno squilibrio economico eccessivo tra le varie prestazioni oggetto del contratto (nel senso che è eccessiva la sproporzione tra le prestazioni patrimonialmente rilevanti) che concorrono a definire l'equilibrio economico dello stesso potrà

²⁹⁰ C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 258; negli stessi termini, in precedenza, ID., *Il contratto*, cit., 404. Si veda sul punto G. ALPA, *Unità del negozio*, cit., 1507; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 330 s., il quale afferma che «poiché il significato complessivo dell'atto, risultante all'esito del procedimento ermeneutico, corrisponde all'interno delle parti, che permea di sé l'intera operazione negoziale, l'interpretazione complessiva del contratto è uno dei punti di emersione, accanto alla norma fondamentale in tema di ricerca della comune intenzione delle parti, del nesso tra la nozione di causa e il problema dell'interpretazione». Si veda, inoltre, E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, III, Milano 2006, 648, la quale tuttavia, dopo aver affermato che «la causa supporta e arricchisce l'interpretazione dell'atto di autonomia privata», nel valutare l'incidenza dei progetti di diritto europeo dei contratti, ove non si prevede la causa come elemento essenziale del contratto, ritiene che con riguardo al ruolo della causa nell'interpretazione del regolamento di interessi «la prospettiva della non essenzialità della causa appare meno problematica». Al riguardo, anche M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, cit., 30, il quale, dopo aver rilevato che l'art. 1369 c.c. «costituisce espressione di un rilevante criterio logico (c.d. criterio funzionale), ispirato a principi di ragionevolezza e adeguatezza, che orienta l'interprete verso la causa e il contenuto del contratto» afferma che «il riferimento alla "natura" del contratto e, dunque, alla sua causa indica la necessità del richiamo non già al "tipo" contrattuale, all'astratta "funzione economico-sociale" di quell'operazione negoziale, quanto invece alla causa concreta intesa come sintesi degli effetti essenziali del contratto.

essere coerente o meno nella misura in cui il giudice accerterà che di reale squilibrio non si tratta perché, ad esempio, sotto il profilo causale quella sproporzione trova giustificazione in un interesse non patrimoniale della parte ovvero in un interesse patrimoniale non emergente dal rapporto contrattuale in questione, ma scaturente da un rapporto contrattuale collegato a quello ovvero in una vera e propria liberalità che la parte intende fare in favore dell'altra.

In questo senso, il superamento del c.d. gradualismo impone di valorizzare in modo sincretico, caso per caso, i diversi criteri interpretativi di talché il principio di conservazione del contratto non può ritenersi avulso rispetto alla comune volontà e al principio di buona fede o al criterio di cui all'art. 1369 c.c..

Così, chiaramente, i parametri di interpretazione oggettiva o soggettiva con inclinazione in parte oggettive (come la buona fede) possono tradursi in una sorta di riformulazione del regolamento contrattuale che in qualche modo lo allontana dalla comune intenzione dei contraenti non compiutamente ricostruita nella sua originaria effettiva dimensione. Se in termini di principio l'operazione interpretativo/integrativa dovrà essere condotta nel quadro dell'assetto di interessi delineato dalle parti e coerente ad esso, non potendo il giudice piegare, nel dubbio, il rapporto tra le parti ad esiti palesemente estranei e contrastanti con quanto desumibile dal regolamento contrattuale, seppure in nome di valori fondamentali, quali la tutela di una parte, la giustizia, ecc.,

d'altronde, laddove il significato dell'operazione intesa dalle parti non sia chiara ovvero presenta margini di oscurità deve "presumersi" e qui opera il principio di buona fede, che le parti abbiano ragionevolmente inteso una regolamentazione rispettosa non solo delle caratteristiche strutturali dell'accordo, ma anche dei principi costituzionali e, sotto il primo profilo, quello della causa del contratto, che sussista la proporzione o meglio una giustificazione per la non sproporzione tra le prestazioni.

In altre parole, la sproporzione e il disequilibrio economico nei contratti (di qualunque natura essi siano, primo, secondo o terzo contratto) è una "spia" che deve indurre il giudice ad interrogarsi sulla reale volontà delle parti, in ordine alla causa del contratto e se, quindi, quello squilibrio economico sia o meno giustificato e come ciò si riverberi sugli effetti del negozio e con quali conseguenze.

In particolare, tutte le clausole che impongono diritti ed obblighi con valenza economica incidono sull'equilibrio complessivo del rapporto contrattuale e concorrono a definirne la causa concreta, come sopra visto, ma a seconda della specificità della singola clausola l'intervento del giudice interpretativo prima ed eventualmente integrativo-correttivo dopo sarà differente.

Lo squilibrio normativo e/o economico in questo senso, se manifestamente eccessivo secondo normali logiche di mercato

determina un disequilibrio che deve essere specificamente vagliato specie se sottoposto all'attenzione del giudice.

CAPITOLO VII
LE PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI RILEVANTI AI FINI
DEL PROCESSO DI TRANSIZIONE IN ATTO.

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Le Sezioni Unite 13 settembre 2005, n. 18128; 3. La sentenza della Corte di Cassazione n. 20106 del 2009; 4. Le pronunce della Corte Costituzionale 2 aprile 2014 n. 77 e 21 ottobre 2013, n. 248; 5. Le pronunce della Corte di Cassazione in materia di clausole “claims made”; 6. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile, 09 ottobre 2017, n. 23601 in materia di locazione; 7. La giurisprudenza in materia di prodotti finanziari.

1. Premessa.

E' opportuno, ora, dar conto di una serie di relativamente recenti pronunce giudiziarie che, in un'ottica anche diacronica, contribuiscono a mettere in luce come in giurisprudenza, negli ultimi anni, l'approccio al sindacato giudiziale sul contratto abbia subito una progressiva sempre maggior “tensione”, alla ricerca dello strumento più idoneo a giustificare un controllo più penetrante sull'equilibrio economico-normativo del contratto.

2. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 13 settembre 2005, n. 18128.

Sebbene non sia più una novità giurisprudenziale, è d'altronde importante ricordare la pronuncia indicata nella rubrica del presente paragrafo, in quanto ha certamente contribuito all'affermarsi di una evoluzione "pretoria" al contempo caratterizzata, da un lato, dalla valorizzazione delle clausole generali e dei principi costituzionali e, dall'altro lato, dalla valorizzazione del ruolo giudiziario nella valutazione ed eventuale censura del disequilibrio normativo.

In particolare, va rammentato che, con la pronuncia in questione²⁹¹, la Corte di Cassazione ha posto fine ad un contrasto interpretativo, sovvertendo un orientamento giurisprudenziale consolidato nei decenni²⁹², facendo propria la tesi, fino a quel momento del tutto minoritaria nella sua stessa giurisprudenza²⁹³, che predicava la riducibilità ex officio della penale,²⁹⁴ indipendentemente, cioè, da una

²⁹¹ A. DIMAIO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. giur.*, 2005, 1538 ss.; A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, 424 ss.; V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 416 ss.; C. CICALA, *La riducibilità d'ufficio della penale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 694 ss.; E. BATTELLI, *La riduzione della penale ex officio*, in *Contratti*, 2007, 487 ss.

²⁹² *Ex plurimis*, Cass. civ., 30 maggio 2003, n. 8813; Cass. civ., 4 aprile 2003, n. 5324; Cass. 19 aprile 2002, n. 5691; Cass. civ., 27 ottobre 2000, n. 14172; Cass. 15 gennaio 1997, n. 341; Cass. civ., 25 marzo 1995, n. 3549; Cass. civ., 21 gennaio 1985, n. 218.

²⁹³ Cass. civ., 24 settembre 1999, n. 10511; Cass. civ., 23 maggio 2003, n. 8188.

²⁹⁴ La penale è una disposizione pattizia in base alla quale debitore e creditore convengono che « in caso di inadempimento o ritardo, uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione ». La clausola ha natura accessoria e il suo ammontare è lasciato alla libera determinazione delle parti. Quanto alla sua funzione, non vi è concordia tra gli interpreti. Secondo un primo orientamento, lo scopo principale della penale è di tipo risarcitorio, di liquidazione anticipata e forfettaria del danno. Si tratterebbe di individuare in via preventiva il *quantum debeatur*, da corrispondere in caso di inadempimento (diversa è l'ipotesi della penale per il ritardo nell'esecuzione della prestazione). Altra ricostruzione riconduce alla clausola in parola effetti sanzionatori, annoverandola tra le c.d. "pene private" alludendo alla duplice funzione

richiesta in tal senso formulata dal contraente inadempiente, sempre che risultassero dedotte e provate in causa le circostanze a comprova della manifesta eccessività della penale stessa.²⁹⁵

La sentenza delle Sezioni Unite del 2005²⁹⁶, nell'affermare la riducibilità d'ufficio della clausola penale, ha, in primo luogo, valorizzato una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.), nell'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie (C. cost. n. 19/94), da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 cod.civ.).²⁹⁷

preventiva e punitiva della stessa. La penale infatti esplica, contestualmente, un'attività sollecitatoria all'adempimento e, in caso sia pattuita per il solo ritardo, sanzionatoria. In argomento si veda A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano 1991.

²⁹⁵ L'orientamento delle Sezioni Unite può dirsi ormai consolidato nella giurisprudenza successiva: si vedano, Cass. civ., 14 ottobre 2011, n. 21297; Cass. civ., 18 novembre 2010, n. 23273; Cass. civ., 28 marzo 2008, n. 8071; Cass. civ., 24 novembre 2007, n. 24458; Cass. civ., 19 ottobre 2007, n. 22002; Cass. civ., 28 agosto 2007, n. 18195; Cass. civ., 13 novembre 2006, n. 24166; Cass. civ., 28 settembre 2006, n. 21066.

²⁹⁶ Si veda A. RICCIO, *È dunque venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. e impr.*, 2000, 98, che riconduce "il fondamento della riduzione della penale manifestamente eccessiva (...) all'interno di un più generale ed emergente fenomeno: il processo di oggettivizzazione della tutela contro lo squilibrio delle condizioni contrattuali", laddove la clausola generale di buona fede rappresenta "lo strumento per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata".

²⁹⁷ In relazione alla norma in questione, va ricordato che parte della dottrina fa discendere la sussistenza di un generale principio di proporzionalità di cui la norma medesima specificerebbe la valenza quantitativa, come giusta misurazione tra elementi omogenei e raffrontabili tra loro, traducendosi in un giudizio di equità in grado di eliminare la sproporzione tra valori economici. Tale principio si porrebbe a fondamento del potere del giudice di ridurre d'ufficio la penale eccessiva (art. 1384 c.c.) Sul punto significative sono: Cass. civ., 24.9.1999 n. 10511, in *Contratti*, 2000; in *Corr. giur.*, 2000, 68 s.; Cass. civ., Sez. Un. 13.9.2005 n. 18128, in *Corr. Giur.* 2005, 1538 ss. *Contra* in dottrina si veda U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, il quale ritiene che la riduzione della clausola penale sarebbe semplicemente l'espressione del potere dell'interprete di determinare la misura del pregiudizio e non già manifestazione di un'esigenza di proporzione tra prestazioni. Sul principio di

In secondo luogo, ha valorizzato la previsione di cui all'art. 1322, primo e secondo comma, c.c. sottolineando come la legge, nel riconoscere l'autonomia contrattuale delle parti, afferma che essa ha comunque dei limiti, il cui rispetto è demandato al giudice, che non può riconoscere il diritto fatto valere, se esso si fonda su un contratto il cui contenuto non sia conforme alla legge ovvero sia diretto a realizzare interessi che non appaiono meritevoli secondo l'ordinamento giuridico. Secondo la Corte, se nel nostro ordinamento non fosse stato previsto e disciplinato l'istituto della clausola penale e, tuttavia, le parti avessero introdotto in un contratto una clausola con tale finzione, il giudice, chiamato a pronunciarsi in ordine ad una domanda di condanna del debitore al pagamento della penale pattuita per effetto dell'inadempimento, avrebbe dovuto formulare, d'ufficio, un giudizio sulla validità della clausola; giudizio che avrebbe potuto avere esito negativo, ove fosse stato ravvisato un contrasto dell'accordo con principi fondamentali dell'ordinamento, ad esempio per il fatto che la penale doveva essere pagata anche se il danno non sussisteva. In questo caso vi sarebbe stato un controllo d'ufficio sulla tutelabilità dell'accordo delle parti e, ove, il controllo si fosse concluso negativamente la tutela non sarebbe stata accordata.

Nel disciplinare l'istituto della penale, la legge, se, da un lato, ha ampliato il campo normalmente riservato all'autonomia delle parti,

proporzionalità si richiama P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit.

dall'altro lato, ha attribuito al giudice un potere di controllo non nell'interesse della parte, ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato, ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità. Come rilevato²⁹⁸, la pronuncia in esame, sembra porsi su una ideale linea di continuità con quel trend legislativo incline a garantire adeguati strumenti di protezione alla c.d. parte debole del rapporto. Sebbene, infatti, il contesto d'indagine esuli dalla disciplina della tutela del consumatore, va dato atto dell'esistenza di scelte precettive, sia a livello nazionale che transfrontaliero, volte all'individuazione di meccanismi riequilibrativi che prescindano da una qualificazione formale dello status dei contraenti per approdare a soluzioni "più sostanziali", che tengano cioè conto della posizione delle parti nell'economia del rapporto contrattuale.

²⁹⁸ C. COSENTINO, *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, in www.comparaziondirittocivile.it.

È l'equilibrio contrattuale ex se, omessa ogni indagine sulle cause del suo dispiegarsi, che giustifica l'intervento autoritativo sul regolamento pattizio e la sostituzione d'ufficio del contenuto negoziale. Ma vi è di più: la verifica sulle determinazioni della clausola accessoria e in generale sugli atti di autonomia privata non è concepita in termini di straordinarietà, configurandosi, piuttosto, quale aspetto del « normale controllo » che l'ordinamento si riserva sull'attività negoziale. La portata innovativa delle motivazioni a sostegno della pronuncia e i possibili effetti dirompenti sulla teoria generale del contratto si manifestano attraverso l'indicata « normalità » del filtro giudiziale sulle scelte contenutistiche degli accordi negoziali, al di fuori dei limiti di valutazione legislativamente prescritti.

In tal senso, l'intervento delle Sezioni Unite del 2005, riconfermato da successive pronunce²⁹⁹, inaugura una nuova era nei confronti della fenomenologia negoziale, in una prospettiva di totale stravolgimento delle scelte di politica legislativa compiute sinora, che ancorano il controllo della fattispecie negoziale alla positiva verifica dei requisiti

²⁹⁹ Così da ultimo Cass. civ., 28 settembre 2006 n. 21066; Cass. civ., 28 marzo 2008, n. 8071; Cass. civ., 12 gennaio 2009, n. 4815. In particolare, la pronuncia n. 21066 del 2006 merita di essere segnalata non solo perché ribadisce la riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, ma anche perché statuisce la possibilità di un intervento giudiziale sulle private pattuizioni che abbiano espressamente convenuto nel senso dell'irriducibilità della medesima. Anche in tal caso, la giustificazione di un potere giudiziale così incisivo poggia sulla tutela dell'interesse generale dell'ordinamento al corretto esplicarsi dell'autonomia privata ma, più che di "conformazione" dell'attività privata ci si trova, anche in tale ipotesi, dinanzi a una forte erosione del principio di autonomia negoziale. Per un commento della sentenza si veda A. BOCCI, *Clausola penale ed inefficacia del patto di irriducibilità*, in Nuova giur. civ. comm., 2007, fasc. 7/8, 774; F. AGNINO, *La riducibilità d'ufficio della clausola penale*, in Corr. Giur., 2007, fasc.1, 46; R. RASCIO, *Ancora sul potere giudiziale di riduzione della penale*, in Dir. e giust., 2007, fasc. 3, 429.

strutturali e alla meritevolezza degli interessi perseguiti, per riservare l'esame dell'equilibrio contenutistico a ipotesi specifiche e circostanziate.

3. La sentenza della Corte di Cassazione n. 20106 del 2009.

Una decisione particolarmente importante sia per i contenuti, che per l'ampio dibattito che ha determinato e le plurime critiche della dottrina al riguardo, è stata la pronuncia 18 settembre 2009, n. 20106.³⁰⁰

La controversia originava dall'esercizio, da parte di una nota casa automobilistica, della facoltà di recesso *ad nutum* prevista a suo favore nei contratti che la legavano ai propri concessionari di vendita.

La Corte di Cassazione ha statuito che il <<disporre di un potere [nel caso di specie, quello di recedere *ad nutum*] non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono su interessi contrapposti in modo più proporzionato>>; sicché il giudice avrebbe dovuto valutare se il recesso *ad nutum*, previsto nelle condizioni contrattuali, era stato <<attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti>>: ciò, in quanto <<l'obbligo di buona fede oggettiva e correttezza impone>> a

³⁰⁰ In danno e resp., 4/2010, 350 ss, con commento di ANNACHIARA MASTRORILLI. Per un altro commento alla pronuncia si veda F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività dei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in Corr. Giur., 2009, 1577

ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra.

La sentenza ha, in primo luogo, sottolineato come la clausola generale di buona fede e correttezza sia operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.) e che, più precisamente, l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica³⁰¹.

Secondo la Corte, nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., sicchè il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione.

Fin qui occorre sottolineare come la sentenza abbia l'indubbio pregio di compendiare il rinnovato e decisivo ruolo che la clausola di buona fede

³⁰¹ In questo senso, fra le altre, Cass. civ. 15.2.2007 n. 3462.

e correttezza è andato rivestendo negli ultimi anni nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, e la capacità, quindi, per il giudice di incidere in via diretta sull'equilibrio del contratto.

D'altronde, la pronuncia ha anche valorizzato e fatto riferimento puntuale all'istituto, controverso,³⁰² dell'abuso del diritto affermando

³⁰² Come già più sopra ricordato, nel nostro codice non esiste una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del diritto. La cultura giuridica degli anni '30 fondava l'abuso del diritto, più che su di un principio giuridico, su di un concetto di natura etico morale, con la conseguenza che colui che ne abusava era considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione giuridica.

Questo contesto culturale, unito alla preoccupazione per la certezza - o quantomeno prevedibilità del diritto -, in considerazione della grande latitudine di potere che una clausola generale, come quella dell'abuso del diritto, avrebbe attribuito al giudice, impedì che fosse trasfusa, nella stesura definitiva del codice civile italiano del 1942, quella norma del progetto preliminare (art. 7) che proclamava, in termini generali, che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto" (così ponendosi l'ordinamento italiano in contrasto con altri ordinamenti, ad es. tedesco, svizzero e spagnolo); preferendo, invece, ad una norma di carattere generale, norme specifiche che consentissero di sanzionare l'abuso in relazione a particolari categorie di diritti.

Sono, quindi, stati tradizionalmente letti come espressione di tale principio gli artt. 833 c.c. e 1175 c.c. in relazione all'intera area dei diritti patrimoniali. In particolare, quanto all'art. 833 c.c., inizialmente la norma veniva interpretata valorizzando l'intento di nuocere al vicino, sì che la presenza di un minimo vantaggio per l'agente neutralizzava l'applicazione dell'istituto; né ad esito diverso poteva pervenirsi alla luce della costituzionalizzazione della funzione sociale della proprietà, posto che tale principio non era posto a tutela delle posizioni soggettive dei proprietari ma di una dimensione sociale e collettiva del sistema economico.

Sull'esame dell'istituto si vedano, A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, in Enc. giur. Treccani, vol. I., 2; Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25 e ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in Enc. Giur., Milano, 2007, I, 8. Sulla socialità del contratto si rimanda a R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *L'abuso del diritto* a cura di Furguele, Padova, 1998, 232, e già F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1966, 77. Per la lettura in chiave economica dell'abuso v. P. G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1990, 411-420.

La giurisprudenza più recente, anteriore alla pronuncia Cass. civ., n. 20106 del 2009, ha comunque fatto riferimento al c.d. abuso del diritto sia in ambito societario (si pensi ad es., al caso in cui il potere di voto sia stato esercitato allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci, ovvero risulti in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto, Cass. civ. 11.6.2003 n. 9353), sia in materia bancaria (laddove è stato sottolineato che non può escludersi che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, benché pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, sia da considerarsi illegittimo ove in concreto assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari, si veda, ad es., Cass.

che quest'ultimo costituirebbe un << criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva>>, in quanto espressione di una regola generale posta dall'ordinamento e finalizzata a negare tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva, al fine di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti - ed i diritti connessi - attraverso atti di per sè strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata.³⁰³

Secondo la Corte, il principio di buona fede e correttezza e quello dell'abuso del diritto si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti.

21.2.2003 n. 2642), sia in materia contrattuale (come nel caso, ad es., del contratto autonomo di garanzia ed *exceptio doli* (si veda Cass. 7.3.2007 n. 5273).

³⁰³ In particolare, secondo la Corte di Cassazione, gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

Secondo la Corte, sebbene in linea di principio non sia compito del giudice valutare le scelte imprenditoriali delle parti in causa che siano soggetti economici, qualora vengano posti in essere atti di autonomia privata che coinvolgono - ad es. nei contratti d'impresa - gli interessi, anche contrastanti, delle diverse parti contrattuali, nell'ipotesi in cui il rapporto evolva in chiave patologica e sia richiesto l'intervento del giudice, a quest'ultimo spetta di interpretare il contratto, ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti.

In tal senso, l'atto di autonomia privata è, pur sempre, soggetto al controllo giurisdizionale: sebbene l'interpretazione c.d. letterale sia il criterio ermeneutico primario, il contratto e le clausole che lo compongono - ai sensi dell'art. 1366 c.c. - debbono essere interpretati anche secondo buona fede.

Non solo, secondo la Corte, il principio della buona fede oggettiva, inteso quale regola di reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche, con conseguenze risarcitorie in caso di violazione.³⁰⁴

³⁰⁴ Cass. civ., 22.1.2009 n. 1618; Cass. civ., 6.6.2008 n. 21250; Cass. civ., 27.10.2006 n. 23273; Cass. civ., 7.6.2006 n. 13345; Cass. civ., 11.1.2006 n. 264; Cass. civ, Sez. Un.. 15.11.2007 n. 23726 che ha sottolineato come il criterio della buona

Il giudice, quindi, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi.

L'irrilevanza, per il diritto, delle ragioni che sono a monte della conclusione ed esecuzione di un determinato rapporto negoziale, non esclude - ma anzi prevede - un controllo da parte del giudice, al fine di valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza.

In questa ottica, il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotto tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se situazioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata.

Per questa ragione il giudice, nel controllare ed interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare ed interpretare l'atto anche in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali.

Seppure sotto alcuni profili la decisione della Suprema Corte si sia inserita di fatto (come dimostra il lungo elenco di precedenti richiamati dalla sentenza medesima) in un solco applicativo del principio di buona

fede costituisca uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo - anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi.

fede già tracciato dalla giurisprudenza di legittimità precedente³⁰⁵, le critiche rivolte nei confronti della decisione si appuntano in primo luogo, sulla scelta di aver dato rilievo autonomo e centrale alla categoria dell'abuso del diritto³⁰⁶, ma soprattutto sulle espressioni di

³⁰⁵ In tema di esercizio del diritto di recesso contemplato, a favore della banca, nel contratto di apertura di credito stipulato con il cliente, della delibera assunta dall'assemblea di una società, allorquando la stessa "non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale, ovvero sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli*"; ovvero con riguardo al pacifico insegnamento che eleva *l'exceptio doli generalis* a "rimedio di carattere generale, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, il quale è diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento".

³⁰⁶ Il dibattito in ordine alla sentenza ha coinvolto, tra gli altri: F. ADDIS, *Sull'excursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, cit.; E. BARCELLONA, *Recesso "ad nutum" fra principio di buona fede e abuso del diritto: "solidarietà sociale" o inderogabilità del "mercato"?* (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009), in Riv. dir. comm., 2, 2011, 165; F. DI MARZIO, *Divieto d'abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, cit.; P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in Giur. it., 2011, 795 ss.; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 1, 2010, 11 ss.; A. GENTILI, *Abuso contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 148 ss.; F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in Riv. dir. civ., 2010, 2, 147 ss.; A. PALMIERI E R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, 95 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 139 ss.; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 148 ss..

Si è sottolineato che normalmente, le fattispecie "abusive" corrispondono ad ipotesi tipiche di inadempimento, o a vizio di nullità per mancanza di causa: in tal senso, si tratterebbe di categoria giuridica priva di effettiva efficacia "euristica" specie laddove ciò possa giustificare un intervento "eteronomo" da parte del giudice in ambito contrattuale in contrasto con la tesi per cui la disparità di forza negoziale è elemento caratteristico di ogni stipulazione contrattuale e il contratto non è strumento di uguaglianza sociale (si veda, D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in Riv. dir. priv., 2006, 281 ss.). D'altronde, va rilevato che in particolare con riguardo alla fattispecie del recesso *ad nutum*, l'utilizzo della categoria in questione, in specie nell'ambito dei rapporti di durata, trova una giustificazione nella tutela dell'affidamento da parte del contraente sulla naturale prosecuzione del contratto sulla concreta aspettativa economica a non vedere frustrati i rilevanti investimenti, effettuati in vista dell'operazione contrattuale divisata, in linea con

principio che hanno indotto nei commentatori il rischio di un possibile futuro diffuso penetrante, fisiologico controllo giudiziale, anche in senso modificativo o integrativo, dello statuto negoziale a garanzia di contemperamento degli opposti interessi delle parti, così segnando una sorta di discontinuità rispetto ai precedenti orientamenti giurisprudenziali, che evocavano invece i concetti di “abuso ed eccesso di potere”, di “*exceptio doli*”, di “buona fede oggettiva”, per rifiutare tutela solo a condotte fraudolente di particolare gravità, normalmente caratterizzate dall’intenzione di nuocere alla controparte.³⁰⁷

A ben vedere, la rilevanza della decisione è ravvisabile nel fatto che la stessa ha, in nuce, messo in correlazione, in una logica “diacronica” e sistematica, pressochè tutti gli elementi normativi e giurisprudenziali esaminati nel presente lavoro.

In particolare, pur considerando certamente che l’ampia disamina della Corte di Cassazione avrebbe potuto essere più limitata se solo la Suprema Corte avesse valorizzato la portata estensiva e generale nell’ambito dei rapporti tra imprese poste tra loro in condizione di

l’elaborazione teorica di oltreoceano della c.d. *recovery period rule*, secondo la quale il rapporto non può essere risolto attraverso un recesso *ad nutum* fino a quando non sono stati recuperatigli investimenti specifici effettuati. Si veda sul punto anche Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in I Contratti, 2000, 111, con nota di DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, cit.. Sul tema v. anche F. GALGANO, *Abuso del diritto, l’arbitrario recesso ad nutum della banca*, in Contr. e impr., 1998, 18 e ss.

³⁰⁷ F. ADDIS, *Sull’excursus giurisprudenziale del “caso Renault”*, in *Obbl. e contr.*, 4, 2012, 245 ss. L’autore critica aspramente la decisione, evidenziando che i richiami giurisprudenziali posti a sostegno della motivazione risultano inopportuni, non pertinenti con la materia trattata. Quasi come se i giudici li utilizzassero per attribuire ad indagini incomplete un crisma di autorevolezza che però è facilmente smascherabile da una lettura integrale delle decisioni precedenti. E il tutto appare come un’alterazione delle sentenze evocate che in realtà vogliono esprimere altro.

asimmetria, dell'art. 9, l. n. 192 del 1998 e, quindi, dell'abuso del potere di autonomia contrattuale d'impresa³⁰⁸, è indubbio che la pronuncia abbia correttamente ribadito e messo a fuoco come, sia pure in un'ottica certamente casistica e concreta, specie laddove tra le parti venga a sussistere una forma di asimmetria, al giudice è demandato il compito, come si è già detto precedentemente, attraverso l'interpretazione del contratto secondo buona fede ex art. 1366 c.c., di censurare l'equilibrio contrattuale così come determinato formalmente dalle parti mediante un corretto bilanciamento degli interessi in gioco.

³⁰⁸ Peraltro, va rilevato come il recesso a una sola parte e per di più arbitrario (cioè immotivato, e/o senza preavviso, e/o gratuito) è inequivocabilmente considerato dal legislatore come potenziale espressione dell'abuso del potere di predisposizione unilaterale del contenuto negoziale, come si evince in particolare dagli artt. 1341, comma 2, c.c.; 33 lett. g), h), cod. cons.; 9, comma 3, l. 192/1998. E questo perché un recesso siffatto non assolve ad alcuna delle funzioni che sono proprie dell'istituto, ma segna il solo potere di consentire al suo titolare una illegittima sottrazione al vincolo contrattuale, in disprezzo dell'art. 1372 c.c. e delle norme che regolano i recessi legali secondo i principi di correttezza e buona fede, in questo senso, C. DALIA, *A proposito di abuso di autonomia contrattuale di impresa*, www.comparazioneDirittocivile.it, 23, la quale ricorda altresì che I recessi legali sono, infatti, costruiti in modo da garantire l'equilibrio contrattuale, nel rispetto degli interessi reciproci dei contraenti, e devono essere assunti come paradigma di un recesso correttamente attribuito, e di conseguenza lealmente esercitato, soprattutto nell'ambito della contrattazione asimmetrica. Il recesso di pentimento è tendenzialmente oneroso (ne sono esempi gli artt. 1671, 2227, 2237, 1685, 1723, 1725, 1734, 1738, 1958 c.c.); quello determinativo nei contratti a tempo indeterminato spetta ad entrambi i contraenti e deve essere preferibilmente con preavviso (artt. 1616, 1750, 1845, 1833, 1569, 2118 c.c.), a meno che non via siano ragioni concrete – come ad esempio la gratuità del rapporto – per escludere questa forma di garanzia (artt. 1771 e 1810 c.c.); quello impugnativo non può prescindere da una giusta causa o un giusto motivo (artt. 1612, 2237, 2119, 2558 c.c.). Secondo l'autrice si tratta di regole che nell'ambito della contrattazione asimmetrica non possono essere derogate se non *in melius*, proprio perché è evidente che una loro modifica in senso più favorevole per il predisponente non è frutto dell'esercizio dell'autonomia contrattuale di entrambi i contraenti, ma della posizione di supremazia di uno solo dei contraenti. Nell'ambito della contrattazione simmetrica il recesso potrà subire notevoli flessioni legate proprio al bilanciamento dei rispettivi poteri contrattuali. Sulla tripartizione delle funzioni del recesso, ormai pacificamente condivisa in dottrina, seppur con sfumature diverse, si vedano, per tutti, G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *Recesso (diritto privato)*, in Enc. dir., vol. XXXIV, Milano, 1988, 27 ss.

A questo proposito, non pare decisiva né l'obiezione, di sottofondo sempre ricorrente nell'ambito dell'oggetto del presente lavoro, per cui così facendo si affiderebbe al giudice un potere discrezionale troppo ampio, concedendogli margini di decisione in ordine al "se" ravvisare nel caso di specie esigenze di protezione del contraente debole e, quindi, di apprestare la relativa tutela, senza che sia possibile individuare in maniera puntuale e rigorosa gli elementi costitutivi della fattispecie e i suoi effetti.

Infatti, questa obiezione, da un lato, non tiene conto del fatto che l'utilizzo delle clausole generali (imprescindibili per consentire di rendere "duttile" l'ordinamento) porta necessariamente con sé un grado di discrezionalità più o meno ampio a seconda dello specifico principio in rilievo, laddove, nel caso di specie, la portata del principio di buona fede, come si è visto, è ontologicamente vastissima anche perché si ricollega direttamente all'art. 2 Cost. e involge l'intero spettro delle fasi contrattuali (prima, durante e dopo la stipula); dall'altro lato, non considera che l'evoluzione tecnologica, commerciale, sociale ecc., pone sempre più spesso il giudice di fronte alla necessità di adeguare la normativa anche solo ad una rinnovata sensibilità sociale rispetto a una molteplicità di aspetti rilevanti nell'ambito delle contrattazioni.

In questo senso, la discrezionalità giudiziale, oltre a non essere un "problema" intrinseco del sistema, garantisce l'adattabilità costante

dello stesso alla realtà sociale, laddove spesso la sensibilità o la capacità normativa del legislatore interviene tempo, a volte notevole, dopo.

4. Le pronunce della Corte Costituzionale 2 aprile 2014 n. 77 e 21 ottobre 2013, n. 248³⁰⁹.

Nel “panorama” giurisprudenziale degli ultimi anni hanno assunto un rilievo più che proporzionale per il carattere estremamente centrifugo rispetto alle tradizionali e consolidate direttrici giurisprudenziali e dottrinali le due pronunce della Corte Costituzionali sopra ricordate.

Va subito rilevato come, da un lato, le stesse siano state fortemente criticate in dottrina³¹⁰, e, dall’altro lato, con riferimento allo specifico oggetto da esse trattato (la riducibilità della caparra confirmatoria di importo eccessivo), la giurisprudenza della Corte di Cassazione

³⁰⁹ Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in Foro it., 2014, I, 382, con osservazioni di F. P. PATTI e 2 aprile 2014, n. 77, ibid., 2035, con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, R. PARDOLESI, *Un nuovo superpotere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*; si veda anche G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in Contratti, 2014, 927 ss..

³¹⁰ Con riguardo alla citata pronuncia si vedano i rilievi critici di G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionale e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in Contratti, 2014, 926 ss.; R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede demolitrice e demolitoria*, in Foro it., 2014, I, c. 2039 ss.; S. PAGLIANTINI, *L’equilibrio soggettivo dello scambio (e l’integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l’oeil concettuale?*, in Contratti, 2014, 868 ss.; in F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale sulla caparra confirmatoria*, in questa Riv. dir. civ., 2014, 700 ss.

successiva non abbia in realtà dato seguito puntuale ai principi espressi dal Giudice delle Leggi.³¹¹

All'attenzione della Corte Costituzionale è stato posto il problema dell'applicabilità del potere di riduzione giudiziale ex art. 1384 c.c. della caparra confirmatoria.

Secondo l'opinione pressoché prevalente in giurisprudenza, contraria alla possibilità di applicazione analogica dell'istituto, a escludere tale possibilità si pone, da un lato, la diversa natura dei due istituti, la clausola penale dovendosi qualificare in termini di patto accessorio con funzione di coercizione all'adempimento³¹², nonché di predeterminazione del risarcimento dovuto³¹³; la caparra³¹⁴, invece, pur

³¹¹ Cass. civ., 30 giugno 2014, n. 14776, in Foro it. 2015, 3, I, 1040, ha ribadito il proprio tradizionale orientamento negativo e ciò - sottolinea il giudice di legittimità - sulla base del rilievo che "la disposizione dell'art. 1384 c. c. (...) è norma che fa eccezione alla regola generale, immanente al sistema e formalmente sanzionata nell'art. 1322 c.c., che impone il rispetto dell'autonomia contrattuale dei privati cui non è dato derogare, se non in forza di una precisa "scelta del legislatore".

³¹² Nel senso della clausola penale come autonomo negozio giuridico, M. FRANZONI, *La clausola penale*, cit., 677; A. ZOPPINI, *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, 897. In senso contrario tra gli altri, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 255, che considera la clausola penale come un elemento accidentale del contratto cui accede. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 332-333; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tratt. dir. civ. comm., vol. I, a cura di CICU - MESSINEO, Milano, 1968., vol. I, p. 209

³¹³ C. M. BIANCA, *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 232; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964; F. MESSINEO, *Dottrina generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, 131; M. FRANZONI, *La clausola penale* cit.; A. DE CUPIS, *Il danno*, 1980 520; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, IV ed., Napoli, 1980, 607; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 632., F. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1997, 603. In giurisprudenza: Cass. civ., 17 giugno 2002, n. 8967, in Rep.For. It., 2002, voce Contratti in genere, 64; Cass. civ., 21 maggio 2001, n. 6927, ivi, 2001, voce cit., 409; Cass. civ., 27 marzo 1999, n. 2941, in Giust. civ., 2000, I, 1118. Va ricordato, peraltro, che secondo alcuni, avrebbe natura sanzionatoria (v. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in Enc. Dir., VII, Milano, 1960, 186 ss.) ovvero plurima assumendo tutte le predette funzioni (M. FRANZONI, *La clausola penale*, cit.; G. DE NOVA, *Il contratto*, a cura di Sacco - De Nova, Torino, 2004; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, IV ed., Napoli, 1980, 697).

assolvendo la medesima funzione risarcitoria³¹⁵, costituisce un parziale pagamento in via anticipata della prestazione finale³¹⁶; dall'altro lato, la disposizione contenuta nell'art. 1384 c.c., ponendosi in contrasto con il generale principio sancito dall'art. 1322 c.c., costituirebbe norma eccezionale e come tale non applicabile in via analogica ex art. 14 disp. prel. c.c.³¹⁷

Assolutamente minoritario, anzi, per vero, sporadico, in questo senso era l'orientamento favorevole³¹⁸.

In dottrina, invece, pur affermandosi generalmente anche in tal caso la non riducibilità della caparra³¹⁹, sia in considerazione della natura

³¹⁴ Configura anch'essa un autonomo negozio giuridico (F. TORRASI, *Caparra confirmatoria e rimedi per la parte non inadempiente*, in I Contratti, 2009, 792), avente struttura complessa e la cui funzione va individuata di volta in volta in relazione agli aspetti dinamici del rapporto contrattuale cui essa afferisce (si vedano Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4411, in Gius. civ. mass., 2004, 2087; Cass. 16 Maggio 2006, n. 11356, in Corriere giur., 2006, 1216, nonché Cass. civ., Sez. Un., 23 Settembre 2008, n. 533, in italgiure.giustizia.it." In dottrina, G. DE NOVA, *Caparra*, in Digesto civ., II, Torino, 1988, 241; M. GORGONI, in Commentario del codice civile, II vol, a cura di E. Navarretta – A. Orestano, Torino, 2011, 1014).

³¹⁵ A. CATAUDELLA, *I contratti – parte generale*, cit; M. DELLACASA, *Trattato del contratto*, cit., 352; P. CENDON – A. BARBERINI, *Commentario al codice civile*, Milano, 2010, 570.

³¹⁶ W. D'AVANZO, *Caparra*, in Noviss. Dig. It, II, Torino, 1968, 895 ss; M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 13 ss.; M. DELLACASA, *Trattato del contratto*, cit, 353.

³¹⁷ In questo senso contrario all'applicazione analogica, Cass. 10 Novembre 1977, n. 4856, in Foro it., 1978, I, 922, e in Riv. dir. comm., 1978, 176, con nota di A. MARINI, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*; tra le altre, Cass. 1 Dicembre 2000, n.15391, in Rep. Foro it., voce Contratto in genere, n. 488; Cass. 23 Maggio 1995 n. 5644, in Foro it., Rep. 1995, voce contratto in genere, n. 368.

³¹⁸ App. Roma, 13 marzo 1959, in Giust. civ., 1959, I, 584 ss

³¹⁹ P: TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; Id., voce Clausola penale, in Nov. dig. it., III, Torino, 1964, 351 ss.; MAGAZZU', voce *Clausola penale*, in Enc. dir., VII, Milano, 1960, 186 ss MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 138 ss., S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in Commentario al codice civile diretto da Schlesinger, artt. 1382-1384, Milano, 1999, 603 ss; Id., *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990, 183 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 243 ss.; N. DE LUCA, *La clausola penale*, in Cendon a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1998; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, La responsabilità, Milano, 1994, 231 ss.; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in Digesto disc. priv., Sez. civ., II, Torino, 1988, 377 ss.; Id., *Le clausole penali*, in Trattato di diritto civile diretto da Sacco, Torino, 1993, 159 ss.; E. MOSCATI,

eccezionale dell'art. 1384 c.c., sia per la mancanza di una lacuna che giustificasse l'applicazione analogica della disciplina della clausola penale, sia per la mancanza di una stretta similitudine tanto sotto il profilo funzionale che strutturale tra i due istituti³²⁰, altri hanno affermato la necessità di un'applicazione analogica tenuto conto del fatto che clausola penale e caparra confirmatoria avrebbero la medesima funzione, di liquidazione anticipata e forfettaria del danno risarcibile.³²¹

voce *Pena (diritto privato)*, in Enc. dir., XXXII, 1982, 770 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, in Giust. civ., 1983, II, 236; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, 615; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II-1, Padova, 2004, 579 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in Commentario del codice civile, libro IV, tomo II, Torino, 1980; G. BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in Contratti, 1996, 549 ss.; L. MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, tomo I, Milano, 1987, 252 ss

³²⁰La circostanza per cui la caparra confirmatoria si delinea non già come una promessa, bensì come una dazione di una somma di denaro o altre cose fungibili, porrebbe i contraenti al riparo da abusi, poiché essi sarebbero in grado, da subito, di constatare l'entità dell'esborso in caso di inadempimento (D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit. 929); Ancora, si è detto, a fronte dell'unilateralità della prima, la bilateralità della seconda dovrebbe indurre a ritenere attenuata la possibilità di una determinazione eccessiva del quantum risarcitorio. Si è, inoltre, osservato come la caparra non potrebbe mai risultare manifestamente eccessiva, perché essa, sostanziosamente in una frazione del corrispettivo previsto per la prestazione, non potrà risultare superiore all'importo della stessa (In tal senso, A. MARINI, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in Riv. dir. Comm., 1978, II, 179). A ciò si aggiunge l'argomento, di natura logica, secondo il quale in caso di applicazione del rimedio riduttivo-giudiziale, il creditore non sarebbe in grado di effettuare una scelta consapevole tra il rimedio risarcitorio e l'incameramento della caparra. Egli, infatti, soddisfatto da quest'ultima, potrebbe rinunciare ad esercitare l'azione risarcitoria nelle forme ordinarie e subire, successivamente, la riduzione dell'importo spettantegli.

³²¹M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 112. Peraltro, va sottolineato come, per superare in particolare la difficoltà di ammettere un'applicazione analogica di una disciplina ritenuta eccezionale, ex art. 14 disp. prel. c.c., sia stata prospettata una terza soluzione, di natura "ermeneutica" il giudice potendo riqualificare la fattispecie in termini non di caparra confirmatoria, ma di clausola penale, nel senso che laddove si riscontrasse un importo manifestamente eccessivo della caparra il *quantum* in eccesso dovrebbe essere ricondotto alla funzione sanzionatoria che è propria solo della clausola penale con conseguente riducibilità dell'importo medesimo (si veda F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in Giur.

In questo contesto, quindi, si sono inserite le questioni di legittimità costituzionale sollevate per asserito contrasto dell'art. 1385 c.c. con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non consente al giudice di ridurre, similmente a quanto avviene nelle ipotesi di cui all'art. 1384 c.c., il *quantum* stabilito dalle parti.

Così, ad aver “riacceso” fortemente i riflettori della dottrina e giurisprudenza sull'applicabilità della clausola generale della buona fede ai fini della valutazione della validità o meno delle clausole contrattuali è stata C. Cost., ord. 21 ottobre 2013, n. 248.³²²

Si trattava di un giudizio nel quale gli attori avevano agito in giudizio per ottenere la restituzione di una somma che gli attori assumevano versata come anticipo (in misura di 1/3 del pattuito) per l'acquisto di un immobile che non aveva mai potuto aver luogo non avendo ottenuto gli stessi il mutuo bancario destinato a coprire il residuo prezzo adito.

Il giudice di prime cure qualificata la dazione di tale importo quale caparra confirmatoria, ha sollevato d'ufficio la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 1385 c.c. nella parte in cui non dispone che, - nelle ipotesi in cui la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra e nella ipotesi in cui, se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra - il giudice possa equamente

Cost., 2013, 3770 ss; P. F. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, cit., 685 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio*, cit., 2014, 853 ss).

³²² In I contratti, 10, 2014, 926 e ss., con nota di G. D'AMICO.

ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove [...] sussistano giustificati motivi»;

La Corte Costituzionale, al riguardo, nel dichiarare inammissibile la questione di incostituzionalità sia per manifesta inammissibilità che per difetto di rilevanza, ha avuto modo di sottolineare che:

- per il primo profilo, nel presupporre un oggettivo ed insuperabile automatismo tra l'inadempimento del *tradens* e la ritenzione della caparra confirmatoria da parte dell'*accipiens* (e, specularmente, tra l'inadempimento dell'*accipiens* e il diritto della controparte ad esigerne il doppio), il rimettente omette di considerare che ciò che viene in rilievo, anche nel contesto della disciplina del recesso recata dall'articolo 1385 del codice civile, è comunque un inadempimento «gravemente colpevole, [...] cioè imputabile (ex art. 1218 c.c. e art. 1256 c.c.) e di non scarsa importanza (ex art. 1456 c.c.)», come ben posto in evidenza nella sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 533 del 2009;

- in punto di rilevanza, poi, il Tribunale rimettente, per un verso, trascura di indagare compiutamente la reale portata dei patti conclusi dalle parti contrattuali, così da poter esprimere un necessario coerente giudizio di corrispondenza del *nomen iuris* rispetto all'effettiva funzione della caparra confirmatoria; per altro verso, non tiene conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come, nella specie, egli prospetta) un

regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevabilità, ex officio, della nullità (totale o parziale) ex art. 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost., (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato».

Alla predetta ordinanza ha fatto sostanzialmente seguito la n. 77 del 26 marzo 2014 ³²³ sostanzialmente identica nell'argomentazione e nella soluzione, ancorchè non completamente sovrapponibile, perché da un lato in tale ultima ordinanza non è stato fatto richiamo espresso alla possibilità di una diversa qualificazione della clausola contrattuale ³²⁴, dall'altro lato, in quanto le fattispecie che venivano in rilievo nell'ordinanza del 2014 (in cui ad agire era il promissario acquirente chiedendo la restituzione del doppio della caparra versata al momento della conclusione del contratto) e in quella del 2013 erano differenti.

³²³ Per un primo commento alle ordinanze in questione si vedano anche F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di penale e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. Cost.*, 2013, 3770 ss.; e F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 685 ss.

³²⁴ S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, cit.

Per quanto in questa sede di interesse, l'elemento centrale del ragionamento della Corte sta nella censura al giudice *a quo* di non aver considerato i <<possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come nella specie egli prospetta) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte>> e ciò come si è ricordato più sopra, in quanto il giudice ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità ex art. 1418 c.c. per contratto con il precetto dell'art. 2 Cost., che <<entra direttamente nel contratto>> in combinato disposto con il canone di buona fede.³²⁵

Da ciò ne conseguirebbe che se la clausola prevedente la caparra dovesse essere considerata totalmente nulla la stessa dovrebbe essere restituita al contraente (inadempiente) che l'aveva corrisposta (o non sarà dovuta all'altra parte dal contraente inadempiente che l'aveva ricevuta), con conseguente possibilità per il contraente non inadempiente di chiedere la risoluzione giudiziale e la liquidazione del danno secondo le regole ordinarie. Se la clausola prevedente la caparra

³²⁵ La decisione, per converso, non risolve l'annoso contrasto in ordine alla estensibilità analogica della disciplina della clausola penale (ex art. 1384 c.c.) alla clausola compromissoria (ex art. 1385 c.c.). Senza poter esaminare approfonditamente la questione, è opportuno d'altronde ricordare che, sul punto, a fronte di una dottrina che ha ammesso l'applicazione analogica (V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra* (dir.civ.), in Enc. dir. VI, Milano 1960, 202 e nt. 46), altra dottrina si è espressa negativamente (R. SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, in Trattato dir. civ. diretto da R. Sacco, Torino, II, 175, nonché G. DE NOVA, voce *Caparra*, in Digesto disc. priv./Sez. civ. Torino, 1988, II, 241), in considerazione in particolare della diversa struttura della fattispecie. D'altronde, è stato sottolineato come la caparra confirmatoria e la clausola penale parimenti danno vita ad una forma convenzionale e anticipata di liquidazione del danno da adempimento.

dovesse, invece, essere considerata (solo) parzialmente nulla, allora il giudice potrebbe ridurre la caparra entro i limiti in cui l'entità della stessa risulti non eccessiva (o, se si vuole, non sproporzionata).

La Corte Costituzionale, senza applicare il procedimento analogico in relazione all'art. 1384 c.c. e senza nemmeno effettuare una c.d. interpretazione adeguatrice dell'art. 1385 c.c.³²⁶, ha sostanzialmente affermato che il potere giudiziale di riduzione della caparra discende da un principio generale (quello di solidarietà ex art. 2 Cost.), assumendolo come di immediata e diretta applicabilità nei rapporti tra privati secondo lo schema della c.d. *Drittwirkung*.³²⁷

Secondo la Corte, cioè, è ravvisabile un generale potere di intervento di natura conformativa da parte del giudice rispetto al contenuto negoziale, valutato alla luce dei principi costituzionali e della clausola di buona fede, che, in tal senso, fungono da limite dell'autonomia privata dalla cui violazione può farsi discendere la nullità delle convenzioni tra privati.

Come osservato, se i principi costituzionali sono direttamente idonei a conformare il potere di autonomia privata, viene "relativizzata" d'un

³²⁶ Sul tema, si possono esaminare, tra gli altri, P. FEMIA (cur.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, ed ivi – in particolare – gli scritti di: P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, 1 ss; M. PALOMBI, *La Corte costituzionale tra interpretazione correttiva e interpretazione adeguatrice*, 73 ss.; e S. PRESTA, *Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta*, 361 ss.); C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte Costituzionale*, Napoli, 2013.

³²⁷ MORELLI, *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, 3 ss.

solo colpo qualsiasi regolamentazione legale dell'esercizio di tale potere, perché qualsiasi limite potrà ricondursi ad un principio costituzionale con conseguente depotenziamento dell'autonomia privata stessa.³²⁸

In senso critico rispetto alla predetta sentenza, si è sottolineato³²⁹ che lo scrutinio sulla congruità dell'ammontare della caparra si tradurrebbe nella sostituzione della valutazione da parte del legislatore (che ha individuato un'ipotesi di intangibilità assoluta della caparra) con una regola diversa (intangibilità relativa) rimettendo alla valutazione del giudice la validità o meno della caparra convenuta tra le parti, senza che, peraltro, siano indicati precisi parametri (laddove la penale è sottoposta al limite, quantomeno, della manifesta eccessività).

In questo senso, sarebbe criticabile il ragionamento volto a valorizzare la possibilità di applicare direttamente (e immediatamente) norme e principi costituzionali idonei a disciplinare i conflitti interprivati perché i principi contenuti nella Costituzione sarebbero enunciazioni generali e spesso anche in conflitto tra loro che necessitano di un bilanciamento da parte delle norme legislative puntuali.

³²⁸ G. D'AMICO, *op. cit.*, 933. L'autore si preoccupa di rilevare che in questo modo qualsiasi pattuizione (pur formalmente consentita dalla legge o comunque da essa non vietata) si troverebbe esposta ad un sindacato giudiziale dall'esito imprevedibile, in quanto ogni giudice potrebbe ritenere (o meno) violato un principio costituzionale secondo variabili (e inevitabilmente soggettivi) parametri.

³²⁹ G. D'AMICO, *op. cit.*, 934. Parimenti in senso critico si vedano, F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. Cost.*, 2013, 3770 ss; P. F. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, *cit.*, 685 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio*, *cit.*, 2014, 853 ss.

Seppure la giurisprudenza di legittimità successiva, come detto, si sia espressa per lo più in senso contrario³³⁰, è possibile sottolineare come la sentenza si inserisca nell'ambito di quella produzione giurisprudenziale che, in concreto, fa valere un principio generale ed imperativo di non sproporzione ingiustificata e, quindi, disequilibrata, anche solo sotto il profilo economico, delle pattuizioni contrattuali, nel caso di specie valorizzando il principio di buona fede in uno con il principio costituzionale di solidarietà ex art. 2 Cost., quali limiti all'autonomia privata.

D'altronde, proprio nella giurisprudenza di legittimità più recente sono stati valorizzati, proprio nei rapporti tra privati, disposizioni costituzionali recanti principi di natura pubblicistica, notoriamente considerati come meramente programmatici e di non immediata applicazione (come nel caso dell'art. 53 Cost., nell'ambito delle locazioni).

Pertanto, la contestazione per cui così facendo si attribuirebbe al giudice il potere di derogare alla legge e al bilanciamento degli interessi operato dal legislatore, senza seguire il corretto procedimento per l'accertamento della contrarietà della disposizione alla Costituzione, in realtà non pare cogliere nel segno, in quanto non tiene conto che spesso la necessità adeguatrice da parte del giudice del portato effettuale di una norma in relazione anche all'evoluzione dei costumi e del sentire

³³⁰ In questo senso, ad es., Cass. civ., 4 novembre 2015, n. 22567, in www.juscivile.it, 2016,9, 331 e ss.

sociale si impone proprio sulla scorta della valorizzazione dei principi generali della Costituzione che consente di adeguare la normativa eventualmente obsoleta alla mutevole realtà socio-economica.³³¹

La Corte Costituzionale sottolinea, al riguardo, come sia compito del giudice a quo procedere a tale sforzo interpretativo – applicativo, e solo in caso di irrisolvibilità o inutilità di tale sforzo, a fronte della incompatibilità tra una disposizione e la Costituzione potrà essere giustificatamente adita la Corte Costituzionale.

In ordine, poi, all’asserita mancanza di un parametro sufficientemente certo a differenza della penale, non pare che tale argomentazione sia sufficiente a destituire di fondamento il ragionamento espresso dalla Corte, se solo si considera che, in tal caso, potrebbe ovviamente essere applicato il medesimo parametro concernente l’eccessività manifesta dell’importo della caparra.

Con riferimento, poi, alla contestazione relativa al fatto che ammettendo una disciplina siffatta (cioè la riducibilità della caparra confirmatoria) si verrebbe a determinare una disciplina che renderebbe meno tutelante quella comunitaria di cui all’art. 33, comma 2, lett. f) in materia di clausole vessatorie, che prevede la nullità salva solo la prova della trattativa individuale, va rilevato che, nuovamente, non si

³³¹ Il tradizionale liberismo economico e la signoria della volontà devono infatti oggi conciliarsi con il principio di solidarietà, ex art. 2 Cost., con il principio di buona fede e con il divieto di abuso del diritto, sull’assunto secondo il quale ancorché le parti sono libere al momento della contrattazione, e in una situazione di pari forza, ciò non toglie che esse possano avere stipulato un contratto economicamente squilibrato. Del resto la stessa disciplina comunitaria sanziona le c.d. *gross disparity*, soprattutto in campo consumeristico.

tratterebbe di una soluzione assurda, perché la disciplina comunitaria è stata introdotta, ormai più di venti anni fa, al fine specifico di dare una tutela minima e settoriale al precipuo scopo di armonizzare le diverse discipline degli Stati membri, finendo d'altronde, per influenzare, unitamente alle ulteriori molteplici normative settoriali che si sono susseguite nel tempo, di portata più o meno ampia, l'interpretazione degli istituti di diritto interno correttamente sottoposti nel tempo ad una sostanziale rilettura.

Come è stato sottolineato³³², nel divenire storico, anche la giustificazione degli effetti del contratto, al pari di ogni significato dell'ordinamento, esige un'indagine che tenga conto del livello di tipicità sociale degli interessi delle parti, continuamente ridefinito in ragione delle trasformazioni culturali che interessano le relazioni intersoggettive, le quali, entro il limite della cifra valoriale che ordina il sistema, si consegnano all'interprete per nuove soluzioni.

In questo senso, le categorie dell'ordinamento «non sono degli a priori entro i quali incapsulare la realtà, bensì strumenti da lui stesso forgiati per meglio intendere quelle realtà entro il quadro di valori condivisi».³³³

La rilevanza di principio di questa pronuncia si può cogliere per il fatto che la Corte invoca l'intervento "cassatorio" del giudice a prescindere

³³² R. SENIGAGLIA, *Per un'ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà "orizzontale" e contratto*, in *Juscivile*, 2016, 6, ancorché l'autore riferisse il ragionamento alla causa del contratto.

³³³ N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 9.

dalla sussistenza di un comportamento fraudolento che ha portato una parte ad approfittare dello stato di debolezza dell'altra al fine di imporre condizioni inique, posto che il meccanismo opera anche innanzi ad una clausola contrattuale che prevede la caparra perfettamente e liberamente pattuita per concorde volontà delle parti.

Più pregnante invece appare la censura³³⁴ relativa al fatto che lo squilibrio rileverebbe solo alle condizioni previste dalla legge (ad esempio l'art. 33 del codice del consumo, sopra citato) senza che la clausola di correttezza e buona fede possa rivestire una efficacia in punto di validità del contratto stante la distinzione fra regole di validità e regole di comportamento, e la possibilità di superare quella distinzione solo per volontà del legislatore, sicché la violazione della buona fede non può essere di per sé causa di nullità del contratto, ma solo di responsabilità risarcitoria.

D'altronde, i principi sopra esposti e, tra questi, la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, non sono fissati in norme generali puntualmente individuate, ma sono ricavati dalla giurisprudenza così come più sopra ricordata.

Se non si tratta di principi inconfutabili, così come la ritenuta eccezionalità dell'invalidità del contratto al di fuori dei casi tipici in cui è l'ordinamento a prevedere la sanzione della nullità o annullabilità in conseguenza della violazione di una regola di comportamento, è

³³⁴ Si veda SCODITTI, *Contratto, Giudice e Costituzione*, in *Juscivile*, 2018, 3, 420 e ss.

evidente che quella che in un dato momento appare essere nell'ordinamento un'eccezione potrebbe, specie in considerazione degli ulteriori interventi anche legislativi, divenire una regola.

L'evoluzione della clausola generale di buona fede valutata anche in termini di criterio di validità del contratto, in tal senso, è perfettamente in linea con tutta una serie di normative di settore che censurano puntualmente previsioni anche richiamando espressamente tale principio o che comunque a questo concetto si rifanno (come nel caso dell'art. 79 l. n. 392 del 1978).

Anche la censura³³⁵ che esclude l'idoneità dell'art. 2 Cost, a fungere da parametro di validità³³⁶, in considerazione del contenuto non sufficientemente determinato della regola in esso contemplata, deve essere respinta, in primo luogo, in quanto si tratta di un concetto, questo, nient'affatto astratto e indeterminato, a tutela della dignità della persona anche nell'assetto delle relazioni negoziali, letto e applicato insieme con principi codicistici, propri dell'incontro delle volontà delle parti, della buona fede, correttezza, lealtà, trasparenza, proporzionalità,

³³⁵ E. SCODITTI, *op. cit.*, 420 e ss.,

³³⁶ Al riguardo, peraltro, condivisibilmente N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Jus civile*, 2018, ha sottolineato che i doveri di solidarietà indicati dall'art. 2 Cost., starebbe prima e fuori del contratto, e si rivolgerebbe alle parti nel momento di negoziare il contenuto del negozio; in questo senso, d'altronde, non vi sono, come citato norme puntuali che escludano espressamente il rilievo di una regola imperativa di comportamento ai fini che incida direttamente sul contenuto del contratto, per riconoscere il rilievo in punto di validità in caso di contrarietà della norma con principi costituzionali.

reciproca corrispettività³³⁷; in secondo luogo, tenendo conto di quelle che sono le ultime sensibilità riscontrate in giurisprudenza, laddove, ad esempio, in materia locatizia è stata motivata la nullità di un contratto di locazione per contrasto con l'art. 53 Cost., altra norma costituzionale dal contenuto apparentemente programmatico e per di più rilevante nei rapporti tra Stato e contribuente, applicato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ai rapporti tra privati.

5. Le pronunce della Corte di Cassazione in materia di “Claims made”.

Tra le decisioni recenti che, in vario modo, impattano sulla tematica oggetto del presente lavoro, occorre ricordare le pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione emesse in materia di contratto di assicurazione contenente clausole c.d. “claims made”.

Queste ultime sono clausole inserite nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile, in forza delle quali la copertura assicurativa opera

³³⁷ In questo senso, G. CANZIO, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *ius civile*, 2018, 3, 384, il quale sottolinea come il fondamento assiologico dei metavalori costituzionali trova così nell'ordinamento civilistico gli specifici riferimenti normativi, che legittimano il giudice a svolgere la necessaria operazione rimediabile a fronte dell'ingiustizia dell'assetto dei rapporti negoziali

solo se la domanda risarcitoria pervenga nel periodo di vigenza del contratto.³³⁸

Le clausole *claims made* (letteralmente, “a richiesta fatta”), derogando lo schema tipico disciplinato dall’art. 1917 c.c., delimitano il rischio assicurato facendo riferimento non agli illeciti, quindi ai fatti compiuti durante il periodo di assicurazione, ma alle “richieste fatte” durante lo stesso periodo, con la conseguenza che, se un fatto illecito viene compiuto durante il periodo di assicurazione, questo esulerebbe dalla copertura del rischio assicurato qualora la relativa richiesta risarcitoria venga formulata in un momento successivo alla scadenza del contratto

³³⁸ Più precisamente, la copertura assicurativa viene ad operare non "in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nell'arco temporale di operatività del contratto, quale che sia il momento in cui la richiesta di danni venga avanzata" (modello c.d. *loss occurrence o act committed*), bensì in ragione della circostanza che nel periodo di vigenza della polizza intervenga la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato (il c.d. *claim*) e che tale richiesta sia inoltrata dall'assicurato al proprio assicuratore, sicchè si determina una deroga al modello di assicurazione della responsabilità civile delineato dall'art. 1917 c.c., comma 1. Si tratta di fattispecie “nata” nella pratica del mercato assicurativo, a partire da quello anglosassone e, poi, statunitense della prima metà degli ‘80 del secolo scorso, in risposta all'aumento dei costi per indennizzo generato dall'espansione, qualitativa e quantitativa, della tutela risarcitoria, in particolar modo nell'area dei rischi c.d. lungo-latenti, ossia dei danni da prodotti difettosi, quelli ambientali e quelli da responsabilità professionale (segnatamente, in ambito di responsabilità sanitaria). In tal senso, le imprese di assicurazione, hanno circoscritto l'operatività dell'assicurazione ai soli sinistri "reclamati" durante la vigenza del contratto, così da consentire alla compagnia "di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi", con evidente ulteriore agevolazione nel calcolo del premio assicurativo. Molti ordinamenti hanno normato già da tempo la fattispecie in questione, come nel caso, ad es., di Francia (la L. 30 dicembre 2002, n. 1577 (c.d. *Loi About*) e successivamente, L. 1 agosto 2003, n. 706 (di "*Securité Financière*") e Belgio (L. 25 giugno 1992, art. 78), ognuna con le proprie specificità. La figura negoziale in questione, nel nostro ordinamento ha avuto un particolare sviluppo all'indomani dell'introduzione della l. n. 148 del 2011 con la quale è stato introdotto l'obbligo per i professionisti di assicurarsi per i danni derivanti dall'esercizio della propria attività.

di assicurazione, ancorché il fatto da cui origina la responsabilità civile rientri nel periodo assicurato³³⁹.

La clausola concerne, quindi, i casi di assicurazione contro i danni, laddove l'evento lesivo si sostanzia nella diminuzione patrimoniale che il soggetto assicurato subisce in seguito alla verifica di un sinistro, qualora il terzo danneggiato dovesse esercitare con successo l'azione risarcitoria.³⁴⁰

La variegata possibilità delle ipotesi³⁴¹ in cui può venire declinata la clausola in questione ha condotto dottrina e giurisprudenza e prima ancora la prassi assicurativa a distinguere, con le debite singole peculiarità, tra la categoria della claims "pura" (laddove l'operatività della copertura assicurativa è collegata alla sola richiesta risarcitoria inoltrata nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla

³³⁹ M. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 6, 1219.

³⁴⁰ L'interesse che muove l'assicurato a stipulare questi contratti – ovvero l'esigenza di coprire eventuali sinistri verificatisi in un periodo antecedente – è particolarmente presente in quelle tipologie di attività come quelle professionali, nell'ambito delle quali può passare molto tempo tra il momento in cui il professionista commette l'errore e il momento in cui il cliente ne ha percezione e decide di agire per ottenere il risarcimento del danno.

³⁴¹ I due più diffusi sono in particolare, la formula c.d. "pura", con la quale l'assicuratore assume l'obbligo di manlevare l'assicurato per tutte le richieste di risarcimento a quest'ultimo rivolte per la prima volta nel corso del periodo di assicurazione, indipendentemente dal periodo in cui si è verificato il fatto dal quale scaturisce la richiesta di risarcimento danni; e quella c.d. "mista" o "impura", mediante la quale sono garantiti i sinistri avvenuti e denunciati durante il periodo di assicurazione ovvero verificatisi in un'epoca antecedente, purché avvenuti all'interno di un determinato arco temporale (di norma due o tre anni prima della stipulazione del contratto). In tale ultimo caso, quindi, rileva non solo il periodo nel quale è fatta la richiesta risarcitoria, ma anche la collocazione temporale dell'atto o del danno. Variazione, poi, parimenti diffusa è la c.d. "sunset clause", attraverso la quale si estende l'efficacia della copertura assicurativa anche a richieste intervenute dopo la scadenza del contratto seppur entro un preciso termine.

data di commissione del fatto illecito) e quella della claims "impura" (o mista, laddove vengono in rilievo, in ordine alla concretizzazione del rischio tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria qualora uno dei due intervenga nel periodo di efficacia del contratto, con possibile retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere anteriormente).³⁴²

Nel nostro ordinamento l'assicurazione secondo il modello delle clausole *claims made* ha trovato espresso riconoscimento legislativo, a seguito degli interventi recati, in particolare, dalla L. 8 marzo 2017, n. 24, art. 11³⁴³ e D.L. 13 agosto 2011, n. 138, art. 3, comma 5, lett. e),

³⁴² Si tratta, comunque, di una distinzione "di massima" che non esclude, ovviamente la necessità di indagare le concrete caratteristiche della fattispecie di volta in volta in esame. Si pensi alle ipotesi di ulteriori previsioni pattizie finalizzate, ad es., a estendere la copertura assicurativa a claims intervenute anche in un certo arco temporale successivo alla scadenza del contratto (c.d. sunset clause o clausola di ultrattività o di "postuma"), o, ad es., a consentire all'assicurato, in aggiunta alla richiesta del danneggiato, di comunicare all'assicuratore, ai fini di operatività della polizza, anche le circostanze di fatto conosciute in corso di contratto e dalle quali potrebbe, in futuro, originarsi la richiesta risarcitoria (c.d. deeming clause).

³⁴³ La disposizione, concernente l'obbligo di assicurazione delle strutture sanitarie per la responsabilità civile verso i terzi e i prestatori d'opera (che riguarda anche la stipula di polizze per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie di cui si avvalgano, ma non già dei sanitari "liberi professionisti", ai sensi dello stesso art. 10, comma 2 per i quali trova applicazione l'art. 3 innanzi citato), stabilisce, anzitutto, che la "garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza". Inoltre, in caso di "cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa", la garanzia deve contemplare "un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura". Una tale ultrattività "è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta".

(convertito, con modificazioni, dalla L. 14 novembre 2011, n. 148),
come novellato dalla L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 26.³⁴⁴

Uno dei problemi che involgono clausole di questo tipo è che se, da un lato, delimitano il rischio, dall'altro lato, e di conseguenza, incidono sull'ambito di responsabilità dell'assicuratore, normalmente finendo per restringerlo.

In tal senso, laddove fossero qualificate come clausole limitative della responsabilità contrattuale dell'assicuratore ciò comporterebbe la necessità di applicazione dell'art. 1341 e in particolare il secondo comma, nonché, nei casi di contratti di assicurazione conclusi tra professionisti e consumatori, l'applicazione del più rigoroso regime di tutela sostanziale di cui al d.lgs n. 206 del 2005.³⁴⁵ Sotto altro profilo,

³⁴⁴ La norma concerne l'obbligo di "stipulare idonea assicurazione" posto a carico dell'esercente una libera professione in relazione ai rischi da questa derivanti: ferma la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali di polizza "prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura". La previsione è, poi, resa applicabile "alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione". La l. 31 dicembre 2012, n. 247, art. 12, comma 1, sul nuovo ordinamento della professione forense, ha imposto agli avvocati analogo espresso obbligo di assicurazione per la responsabilità civile, demandando (comma 5) al Ministro della giustizia la previsione, e l'aggiornamento, delle condizioni essenziali e dei massimali minimi di polizza. Ne è scaturito il D.M. 22 settembre 2016, il cui art. 2, rubricato "Efficacia nel tempo della copertura assicurativa", ha stabilito, in linea con il sistema claims made (con variante sunset clause), che la "assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza", con esclusione, in capo all'assicuratore, della facoltà di recesso dal contratto "a seguito della denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, nel corso di durata dello stesso o del periodo di ultrattività".

³⁴⁵ Invero, la giurisprudenza, in precedenza, risolveva il quesito della vessatorietà delle clausole distinguendo quelle "pure" da quelle "miste": Trib. Milano, 18 marzo 2010, n. 3527, in *Dir. economia assicur.*, 2010, 3, 778 ; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Giur. it.* 2006, 2, 254. Solo per queste ultime si poneva il problema della vessatorietà, dal momento che la previsione di una copertura assicurativa con riferimento a condotte tenute in un momento antecedente la stipulazione del

poi, stante la natura aleatoria del contratto di assicurazione³⁴⁶, si è posto il problema dell'incidenza delle clausole “*claims made*” sull'alea del contratto in questione e sull'equilibrio tra premio e rischio, nonché più radicalmente, ci si è chiesti se una tale clausola derogatoria sia o meno idonea a superare positivamente il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c.

In particolare, si è posto il problema se il fatto che la domanda di risarcimento del danno non sia stata ancora formalizzata al momento della stipulazione del contratto di assicurazione, sia di per sé sufficiente a ritenere esistente quell'alea necessaria affinché sia valida l'assicurazione, oppure se, viceversa, debba ritenersi dirimente che il sinistro si sia verificato in un momento antecedente rispetto alla stipulazione del contratto e, pertanto, la clausola *claims made* sarebbe caratterizzata dalla presenza di un rischio solo apparente.³⁴⁷

Mentre il rischio implica incertezza, nei contratti con clausola *claims made* il sinistro che si vuole garantire si è già verificato, sicché è certa l'esistenza del fatto generatore di responsabilità: l'incertezza, quindi, concerne esclusivamente l'elemento, temporalmente successivo, relativo all'iniziativa risarcitoria assunta dal terzo danneggiato.³⁴⁸

sottoscrizione da parte dell'assicurato ai sensi dell'art. 1341 comma 2 c.c., la clausola sarà considerata nulla contratto, veniva limitata ad un preciso arco temporale (due o tre anni) Cass., 10 novembre 2015, n. 22891, in Resp. civ. e prev., 2016, 2, 528.

³⁴⁶ S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010, 201.

³⁴⁷ In materia di inesistenza del rischio nelle assicurazioni della responsabilità civile vedi Cass. civ., 30 giugno 2011 n. 14410, in *Foro It.*, 2011, I, 2668.

³⁴⁸ In conseguenza, la clausola sarebbe nulla perché volta ad assicurare un rischio putativo e, quindi, di fatto inesistente, Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Dir. economia*

In tema³⁴⁹ sono, quindi, intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 6 maggio 2016, n. 9140.³⁵⁰

Le Sezioni Unite, in primo luogo, evidenziano che le clausole in esame hanno l'effetto di circoscrivere la copertura assicurativa in relazione ad un fattore temporale aggiuntivo, pertanto, al pari delle clausole pure, vanno a pieno titolo iscritte, a norma dell'art. 1905 c.c., tra le clausole delimitative dell'oggetto del contratto, cioè tra quelle volte ad individuare i sinistri che l'assicuratore è tenuto a garantire.

Si tratta, quindi, di clausole non astrattamente vessatorie, perché non incidenti sulla responsabilità, ma relative alla delimitazione del rischio assicurato e, quindi, all'oggetto del contratto.³⁵¹

assicur., 2010, 774; Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, in Dir. economia assicur., 2005, 711.

³⁴⁹ Secondo alcuni tale clausola sarebbe inefficace, in virtù del fatto che essendo l'alea elemento essenziale del contratto di assicurazione, la sua mancanza avrebbe determinato la nullità del contratto medesimo (così, Cass. civ., 15 marzo 2005, n. 5624). Secondo altro orientamento della Cassazione, l'inserimento di tali clausole non fa invece venire meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, a condizione però che al momento della stipula le parti (e, in specie, l'assicurato) ignoravano l'esistenza di questi fatti (in questo senso, Cass. civ., 17 febbraio 2014, n. 3622).

³⁵⁰ In Resp. civ. prev., 2016, 1238, con nota di GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*; e in Danno e resp., 2016, 929, con note di M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite*; ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le sezioni unite*; e HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite («piacer figlio d'affanno; gioia vana...»)*. Il principio di diritto affermato dalla pronuncia è il seguente: “nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. clausola claims made mista o impura) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata”.

Le Sezioni unite, poi, sul solco della giurisprudenza precedente hanno sottolineato che l'alea propria della causa del contratto di assicurazione sussiste in caso non solo di incertezza oggettiva, ma anche soggettiva in ordine al sinistro (c.d. rischio putativo): in questo senso, l'ignoranza, da parte dell'assicurato, in ordine al carattere illecito e dannoso della condotta tenuta (l'eventuale conoscenza del sinistro rileva ai fini della responsabilità ex artt. 1892 e 1893 c.c. per le dichiarazioni inesatte o reticenti), nonché l'intenzione del terzo di promuovere l'azione di responsabilità, sono gli elementi che consentono di ritenere sussistente il "rischio" da tutelare mediante il contratto in esame.

In particolare, il rischio di subire una perdita patrimoniale a causa dell'illecito commesso "*si concretizza progressivamente*", dal momento che la condotta materiale dannosa costituisce solo un elemento della fattispecie, al quale però va senz'altro aggiunta la manifestazione dell'intenzione da parte del danneggiato di esercitare l'azione risarcitoria. Il rischio che l'assicurato vuole evitare, quindi, consiste nel depauperamento patrimoniale che potrebbe subire ove mai venisse chiamato a rispondere del risarcimento del danno commesso.

Le Sezioni Unite mettono in evidenza che le parti, nel pieno rispetto della libertà negoziale, possono concordare (come del resto è avvenuto nel caso sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite) clausole connotate da

³⁵¹ In tema, si veda L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in Resp. civ. prev., 2016, II, 529 ss.

elementi di atipicità che siano in grado in assecondare e soddisfare meglio le esigenze che il mercato impone.

Chiarito che, in via generale, tali clausole sono considerate valide, tuttavia, ciò non esclude che il giudice possa comunque operare, in relazione alle circostanze che di volta in volta vengono in rilievo, un giudizio di meritevolezza sulla singola clausola oggetto di controversia.

Invero, i dubbi in ordine al profilo della meritevolezza delle clausole *claims made* hanno interessato le categorie delle clausole miste o impure, in ragione della significativa delimitazione dei rischi risarcibili, nonché del pericolo di creare dei periodi non coperti dalla garanzia assicurativa e di conseguenza il rischio di dar vita a squilibri contrattuali con possibili ripercussioni sulla concorrenza tra le imprese e sulla libertà contrattuale.

E' evidente, infatti, che tale schema negoziale espone l'assicurato ad un serio pericolo, giacché la scadenza del contratto interverrebbe in un momento in cui non è ancora cessato il rischio che ha indotto l'assicurato a stipulare il contratto.

Di contro, vi sarebbe il timore per l'assicurato di pagare un premio senza ottenere alcuna controprestazione. Si verificherebbe, quindi, una situazione nella quale vi è un periodo ove il pagamento del premio avverrebbe senza ottenere la copertura assicurativa, nonostante vi sia una correlazione temporale tra il periodo in cui lo stesso viene pagato e il momento in cui viene commesso il fatto illecito.

Tale ultimo profilo, tuttavia, viene facilmente superato se si considera che la prestazione cui è tenuto l'assicuratore consiste non già nel versamento dell'indennizzo, ma nella garanzia indennitaria. Inoltre, la Suprema Corte sottolinea che nell'ipotesi in cui il contratto con clausola *claims made* riguardi il rapporto consumatore-professionista la disciplina applicabile sarà quella descritta dal d.lgs. n. 206 del 2005. Il legislatore, infatti, in tali casi prende in considerazione la posizione di debolezza di una parte del rapporto contrattuale, sicché l'indagine del giudice consiste nel valutare se la clausola *claims made* di cui si discorre determini o meno un significativo squilibrio di diritti e di obblighi tale da determinare l'operatività della nullità di protezione ex art. 36, d.lgs. n. 206 del 2005.

Circa il primo nodo problematico relativo ai rischi derivanti dai vuoti di copertura è facile immaginare che questa situazione esponga l'assicurato ad abusi da parte delle compagnie assicuratrici, le quali, ponendosi in una posizione di supremazia, sono in grado di strumentalizzare la loro forza negoziale nel mercato per ottenere condizioni contrattuali più favorevoli.

A ciò si aggiunga che in seguito all'entrata in vigore della l. n. 148 del 2011 il legislatore ha introdotto, per taluni settori, l'obbligo di assicurare la responsabilità civile connessa all'esercizio dell'attività professionale espletata, mancando però di introdurre un corrispondente obbligo a contrarre a carico delle compagnie assicuratrici. Emerge, in

altri termini, un forte squilibrio normativo nel rapporto contrattuale, atteso che a fronte di un obbligo *ex lege* di assicurarsi per gli esercenti l'attività professionale, corrisponde una libertà, per le compagnie assicuratrici, di scegliere "se" contrarre, con evidenti ricadute sulla possibilità, per la parte contrattuale forte, di ottenere condizioni contrattuali per lei più favorevoli.

In tal caso, la posizione di debolezza in cui versano i professionisti tenuti ad assicurarsi spesso deriva dall'assenza di alternative valide nel mercato rispetto alla stipulazione di contratti con clausola *claims made* e alla conseguente fidelizzazione del cliente che, nel timore di rimanere sfornito di garanzia assicurativa, difficilmente cambierà compagnia assicuratrice anche al fine di evitare eccezioni relative all'eventuale conoscenza di sinistri non ancora oggetto di domanda risarcitoria³⁵².

Inoltre, la posizione di debolezza dell'assicurato è avvalorata dalla circostanza che lo stesso soggiace al potere delle compagnie di recedere anticipatamente in qualsiasi momento dal rapporto contrattuale.

In questi termini, il giudizio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* richiederebbe un sindacato da parte del giudice anche in ordine all'eventuale abuso dell'autonomia contrattuale da parte delle compagnie assicuratrici rispetto a quelle vicende contrattuali nelle quali, pur in presenza di norme dispositive e dunque derogabili, la deroga si ponga in contrasto con i canoni della buona fede e della

³⁵² MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto e immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, 701.

correttezza negoziale *ex* artt.1175 e 1375 c.c.. L'abuso del potere contrattuale si traduce, così, in abuso del diritto in danno all'assicurato che, peraltro, darebbe luogo a conseguenze negative non solo per il singolo assicurato, ma soprattutto per il terzo danneggiato, il quale correrebbe il serio pericolo di non ottenere alcun risarcimento del danno a causa dell'incapienza del patrimonio del danneggiante.

Secondo la Corte, quindi, la vera esigenza della tutela è quella di manlevare il danneggiante ai fini di poter soddisfare le pretese risarcitorie del danneggiato, oltre al fatto che l'abuso del potere contrattuale produrrebbe effetti distorsivi della concorrenza tra le imprese e, quindi, del corretto funzionamento del mercato.

Alla luce di un giudizio che va svolto in concreto, quindi, la clausola *claims made* potrebbe essere considerata nulla perché non meritevole di tutela in quella singola fattispecie, qualora venisse predisposto un sistema di assicurazione a vantaggio delle compagnie assicuratrici in termini di gestione delle riserve, di conoscenza esatta dei sinistri e di limitazione temporale della garanzia.

In tale prospettiva, quindi, il giudizio di meritevolezza si traduce in un sindacato sull'equilibrio contrattuale che consente al giudice di valutare la validità o meno delle clausole *claims made* anche mediante un intervento integrativo o modificativo dello statuto negoziale, <<qualora ciò sia necessario al fine garantire l'equo contemperamento dei contrapposti interessi, prevenendo o reprimendo l'abuso del diritto>>.

Quanto, poi, alle conseguenze di un siffatto giudizio, le Sezioni Unite evidenziano che la nullità di cui si discorre non andrebbe ad inficiare l'intero contratto, ma la singola clausola di *claims made* che, *ex art.* 1419 comma 2 c.c., andrebbe sostituita con lo schema legale tipico del contratto di assicurazione della responsabilità civile.³⁵³

In tal senso, quindi, la Corte ha ritenuto di assegnare al giudice un incisivo potere che gli consente di rimediare, sul piano della discrezionalità, allo squilibrio contrattuale modificando o integrando lo schema negoziale in ragione di una coerente tutela degli interessi delle parti. Appare evidente che lo sforzo delle Sezioni Unite abbia sortito un indubbio risultato: da un parte, il ridimensionamento dell'autonomia contrattuale che, ineluttabilmente, finisce per dar vita ad uno squilibrio a favore della parte contrattualmente più forte; dall'altra, una soluzione protesa all'interpretazione della vicenda negoziale, in coerenza con i canoni della buona fede e della correttezza negoziale, che sia in grado di meglio tutelare le ragioni della parte più debole.

Peraltro, la Corte sottolinea che i canoni di buona fede e correttezza trovano fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost., operando come clausola generale che attribuisce al principio di buona fede valenza precettiva in grado di condizionare il contenuto del contratto, e rappresentando, allo stesso tempo, la chiave di lettura più idonea a

³⁵³ TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, 53.

supportare l'interpretazione del giudice nel segno di un equo contemperamento degli interessi delle parti.

Ne deriva che, dal combinato disposto degli artt. 1322, comma 2 c.c. e 2 Cost., deve essere considerata immeritevole di tutela una clausola che, pur derogando ad una norma dispositiva, abbia come inevitabile conseguenza quella di dar vita ad un rapporto connotato da iniquità e squilibrio ai danni dell'assicurato che, tra l'altro, non sia in grado di reperire altrove condizioni contrattuali migliori.

In ordine al giudizio di meritevolezza, quindi, la Cassazione ha sottolineato che tale indagine va condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete.

Le Sezioni unite aggiungono, altresì, che l'indagine dovrà necessariamente confrontarsi con la possibilità di intercettare, a carico del consumatore, quel significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, presidiato dalla nullità di protezione, di cui all'art. 36, d.lgs. n. 206 del 2005, ancorché, la clausola sia normalmente inserita in contratti sottoscritti da professionisti.

A tal fine, tuttavia, aggiunge la sentenza, l'esegesi in punto di meritevolezza, dovrà comunque, considerare, da, un lato, l'esistenza di, un contesto caratterizzato dalla spiccata asimmetria delle parti e nel quale il contraente non predisponente, ancorché in tesi qualificabile come "professionista", è, in realtà, il più delle volte privo di esaustive

informazioni in ordine ai complessi meccanismi giuridici, che governano il sistema della responsabilità civile, dall'altro di tutte le circostanze del caso concreto ivi compresi altri profili della disciplina pattizia, quali, ad esempio, l'entità del premio pagata dall'assicurato.

La pronuncia in commento, poi, occupandosi dei rimedi esperibili nel caso in cui la clausola non dovesse superare il giudizio di meritevolezza, rileva che essa dovrebbe considerata nulla dal giudice e sostituita da quella prevista dalla disciplina legale di cui all'art. 1917 c.c., e cioè dalla formula *loss occurrence*: saranno, pertanto, coperti anche i sinistri verificatisi nel corso del rapporto assicurativo anche se la richiesta, risarcitoria dovesse giungere all'assicurata in un tempo successivo, e, di conseguenza, questi ne dovesse dare comunicazione alla Compagnia, di assicurazione allorquando la polizza invocata non è più vigente.

La nullità della clausola in esame e la sua automatica sostituzione con il tipo legale viene fatta derivare da quanto predicato dalla Corte Costituzionale nelle ordinanze nn. 248/2013 e 77/2014 alla luce del combinato disposto dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1419, 2° comma: le clausole, quindi, che alla luce della buona fede e del dovere di solidarietà, dovesse essere considerata non meritevole di tutela, è espunta dal contratto e sostituita dal giudice per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti» con la disciplina legale, nel caso di specie, l'art.1917 c.c.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono nuovamente intervenute in materia con pronuncia 24 settembre 2018, n. 22437.³⁵⁴

Secondo la Corte «la liceità della claims made con "garanzia pregressa" si apprezza "perchè afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato"». In particolare, l'art. 1932 c.c. consente una deroga alla disciplina "Base" del modello di assicurazione della responsabilità civile (o sotto-tipo) di cui all'art. 1917 c.c., comma 1 senza che ciò comporti una deviazione strutturale della fattispecie negoziale tale da estraniarla dal tipo, nel contesto del più ampio *genus* dell'assicurazione contro i danni (art. 1904 c.c.), della cui causa indennitaria la clausola claims made è pienamente partecipe.

³⁵⁴ Secondo la Corte rimettente, la claims made, "nella parte in cui esclude il diritto dell'assicurato all'indennizzo quando la richiesta di risarcimento gli pervenga dal terzo dopo la scadenza del contratto", è immeritevole sotto tutti e tre gli anzidetti profili, in quanto: 1) procura all'assicuratore un ingiusto vantaggio senza contropartita, poichè esclude dalla copertura i sinistri verificatisi in prossimità della scadenza della polizza e che verosimilmente verranno denunciati all'assicurato dopo la scadenza, determinando così uno iato tra il tempo per il quale è stata stipulata l'assicurazione (e pagato il premio) e il tempo nel quale può avverarsi il rischio; 2) pone l'assicurato in una posizione di soggezione rispetto al danneggiato, che può liberamente decidere il momento in cui inoltrare all'assicurato la richiesta di risarcimento, momento che potrebbe cadere dopo la scadenza della polizza (e ciò comporterebbe due conseguenze paradossali: a) l'interesse dell'assicurato a ricevere prontamente la richiesta di risarcimento, in contrasto col principio desumibile dall'art. 1904 c.c.; b) l'aporia in forza della quale l'assicurato che tace e aspetta la richiesta perde la copertura, ma se si attiva e sollecita il danneggiato, viola l'obbligo di salvataggio ex art. 1915 c.c.); 3) se l'assicurato adempisse spontaneamente all'obbligazione risarcitoria, secondo correttezza e buona fede, mancherebbe una richiesta di risarcimento fatta dal danneggiato e di conseguenza l'assicuratore potrebbe anche rifiutare l'indennizzo.

In tal senso, quindi, secondo la Corte, non si pone un problema di "meritevolezza" ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. essendo questa ancorata al presupposto della atipicità contrattuale nel caso di specie assente. D'altronde, è comunque necessario valutare come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello claims made, rispetti, anzitutto, i "limiti imposti dalla legge", che il primo comma dell'art. 1322 c.c. postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell'assetto di interessi perseguiti dai paciscenti, secondo quella che suole definirsi "causa in concreto" del negozio.

Nello svolgere ulteriormente il proprio ragionamento, la Corte esprime alcune importanti valutazioni ai fini della presente ricerca particolarmente interessanti.

In primo luogo, valorizza l'incidenza dell'asimmetria della posizione contrattuale delle parti e la rilevanza a tal fine degli obblighi informativi gravanti sull'impresa assicurativa o suoi intermediari, che devono essere adempiuti in modo trasparente e mirato alla tutela effettiva dell'altro contraente, nell'ottica di far conseguire all'assicurato una copertura assicurativa il più possibile aderente alle sue esigenze.

Ciò però, non soltanto in forza delle norme speciali del contratto assicurativo, ma ancor prima degli obblighi di buona fede e protezione e di informazione ex art. 1175 e 1375 c.c. e art. 2 Cost., che devono tendere alla trasparenza ottimale dei contenuti negoziali predisposti,

così da consentire alla controparte di rappresentarsi al meglio portata e convenienza degli effetti contrattuali.

Nella ricostruzione della Corte, quindi, la violazione di tali obblighi nella fase precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.) potrà assumere rilievo anche in ipotesi di contratto validamente concluso, allorquando si accerti che la parte onerata abbia omesso, nella fase delle trattative, informazioni rilevanti che avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso.³⁵⁵

Secondo le Sezioni Unite, tanto a prescindere dalla eventualità stessa che la condotta scorretta abbia potuto dar luogo ad un vizio del consenso (art. 1427 c.c.), con tutte le relative conseguenze anche in termini di annullabilità del contratto ovvero di ristoro dei danni nell'ipotesi di dolo incidente (art. 1440 c.c.), il rimedio risarcitorio al quale potrà aspirare il contraente pregiudicato (nell'ottica, che va ribadita, della separazione tra regole di condotta, che attengono alla dinamica del rapporto, e regole di validità o di struttura, come delineata da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e ripresa anche dalla citata sentenza n. 9140 del 2016) dovrà essere in grado di far conseguire ad esso un effettivo ristoro del danno patito, commisurabile all'entità delle utilità che avrebbe potuto ottenere in base al contratto correttamente concluso.

³⁵⁵ Cass. civ., 23 marzo 2016, n. 576.

Cioè a dire, e questo è chiaramente rilevante, viene affermata la risarcibilità del c.d. “interesse positivo”.

Sotto altro profilo, poi, la Corte ha affermato che all'esito dell'interpretazione rimessa al giudice del merito e da condursi secondo i criteri legali (tra cui quello del comportamento delle parti che precede la genesi del vincolo contrattuale: art. 1362 c.c., comma 2), si possa giungere a riconoscere un'implementazione del regolamento negoziale ad opera di quelle prestazioni oggetto di informativa precontrattuale, inclini a modulare un adeguato assetto degli interessi dell'operazione economica, che non abbiano, poi, trovato puntuale e congruente riscontro nel contratto assicurativo concluso.

Ciò in quanto il criterio ermenutico/integrativo è l'effettiva adeguatezza del contratto agli interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti, che veicola, per l'appunto, una verifica di idoneità del regolamento effettivamente pattuito rispetto all'anzidetto obiettivo, ovvero la c.d. "causa concreta" del contratto, quale sintesi degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato.

Si tratta, quindi, di procedere all'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo quale veicolo utile per apprezzare se, effettivamente, ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo.

In questo senso, secondo la Corte, l'emersione di un disequilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica.

Ecco che, quindi, la determinazione del premio di polizza assume valore determinante ai fini dell'individuazione del tipo e del limite del rischio assicurato, onde possa reputarsi in concreto rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni.

A questo specifico proposito, d'altronde, incoerentemente con l'assunto precedente, le Sezioni Unite affermano in modo apodittico – quasi a cercare di non muovere formalmente contro l'orientamento tradizionale di cui si è dato conto nel presente lavoro – che non è questione di garantire, e sindacare perciò, l'equilibrio economico delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale, ma occorre indagare, con la lente del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale "*on claims made basis*" presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché, nel contratto di assicurazione contro i danni, la corrispettività si fonda su una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale. D'altronde, le Sezioni Unite sembrano confondere, quantomeno in termini formali, l'oggettività del criterio di determinazione economica delle prestazioni con il fatto che, in ogni caso, lo squilibrio di cui si sta discutendo e che rifluisce sulla causa è di natura direttamente economica.

Sotto il profilo remediale, poi, secondo le Sezioni Unite, laddove si rinvenga un contrasto tra la regolamentazione e la disciplina legale di base, che esprime un carattere imperativo, per essere non solo inderogabile in pejus, ma posta a tutela di interessi anche di natura pubblicistica, ossia la tutela del terzo danneggiato, che disvela il valore sociale dell'assicurazione, occorrerà dichiarare la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c..

L'effetto in questione, d'altronde, potrà essere modulato dal Giudice per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (Cass., S.U., n. 9140 del 2016, citata), in forza della norma di cui all'art. 1419, comma 2, c.c., potendo il giudice così integrare lo statuto negoziale, ma non tramite il modello della c.d. *loss occurrence* di cui all'art. 1917 c.c., comma 1, bensì attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa anche e soprattutto di settore, che presenta multiformi calibrature, modellando l'assicurazione "claims made" secondo varianti peculiari anche tra loro interagenti.

Complessivamente, quindi, viene riconosciuta dalla Corte in capo al Giudice una significativa elasticità di adattamento rispetto alla concretezza degli interessi da soddisfare.

In ultimo, per quanto qui di interesse, la Corte sottolinea come la giuridica esigenza che il contratto assicurativo sia adeguato allo scopo

pratico perseguito dai paciscenti sarà criterio guida nell'interpretazione della stipulazione intercorsa al fine di garantire l'assicurato dalla responsabilità civile anche in settori diversi da quello sanitario o professionale e, segnatamente, in quelli che postulano l'esigenza di una copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da una lungolatenza.

6. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile, 09 ottobre 2017, n. 23601 in materia di locazione.³⁵⁶

La decisione in questione si segnala per aver individuato in una disposizione costituzionale avente, peraltro, un rilievo strettamente pubblicistico, una norma imperativa, immediatamente precettiva idonea a giustificare l'accertamento della nullità del contratto di locazione di immobile ad uso diverso dall'abitazione.³⁵⁷

La pronuncia esamina, in particolare, il caso di un contratto di locazione di immobile ad uso non abitativo, cessato a causa di uno sfratto per

³⁵⁶ Arch. locazioni 2018, 5, 485 (nota di: MASONI ROBERTO). Il principio di diritto affermato dalla pronuncia è il seguente: il contratto di locazione di immobili, sia ad uso abitativo che ad uso diverso, contenente “*ab origine*” l’indicazione del canone realmente pattuito (e, dunque, in assenza di qualsivoglia fenomeno simulatorio), ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi dell’art. 1, comma 346, della l. n. 311 del 2004, ma, in caso di tardiva registrazione, da ritenersi consentita in base alle norme tributarie, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza “*ex tunc*”, atteso che il riconoscimento di una sanatoria “per adempimento” è coerente con l’introduzione nell’ordinamento di una nullità (funzionale) “per inadempimento” all’obbligo di registrazione.

³⁵⁷ I principi espressi, d’altronde, sono applicabili anche ai contratti di locazione ad uso abitativo: sul punto, sia permesso richiamare V. NASINI-P.NASINI, *Le locazioni di immobili urbani ad uso abitativo*, Giuffrè, Milano, 2019, 30 ss.

morosità, in relazione al quale la locatrice lamentava il mancato pagamento del canone (maggiore) concordato in un c.d. “atto integrativo” coevo al contratto di locazione medesimo. Tale accordo integrativo veniva tardivamente registrato. La società conduttrice contestava la validità dell'accordo integrativo per violazione dell'art. 79, l. n. 392 del 1978 (oltre che perché tardivamente registrato). Il Tribunale, in primo grado, accoglieva le domande della conduttrice e dichiarava la nullità della pattuizione aggiuntiva, in quanto contenente l'illegittima previsione di un aumento automatico del canone.

La Corte d'appello, in parziale riforma della sentenza di primo grado, affermava, invece, la natura di contratto simulato del primo contratto e, dunque, la validità dell'accordo integrativo sull'assunto della non configurabilità di un illecito aumento del canone, nullo ex art. 79, l. n. 392 del 1978.

In sede di legittimità, all'attenzione delle Sezioni Unite è stata posta la seguente questione: se, in tema di contratti di locazione ad uso diverso da quello di abitazione, nell'ipotesi di tardiva registrazione (anche) del contestuale e separato accordo recante l'importo del canone maggiorato rispetto a quello indicato nel primo contratto registrato, sia configurabile un'ipotesi di sanatoria di tale nullità, ovvero se, anche per le locazioni ad uso diverso da abitazione, a prescindere dalla violazione o meno dell'art. 79, l. n. 392 del 1978, debba farsi applicazione — in ipotesi di atti negoziali integranti un mero escamotage per realizzare

una finalità di elusione fiscale — del principio affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 18213/2015, con riferimento ai contratti di locazione ad uso abitativo, secondo cui è nullo il patto di maggiorazione del canone, con esclusione di qualsiasi efficacia sanante alla registrazione tardiva.

La Corte di Cassazione richiama all'uopo gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità sul delicato rapporto fra diritto tributario e diritto privato in ordine alle conseguenze civilistiche che possono derivare dalle violazioni tributarie.

Le Sezioni Unite, in tema di locazioni ad uso abitativo, avevano modificato l'orientamento restrittivo in merito all'art. 13, comma 1, l. n. 431 del 1998, affermando la nullità del patto occulto di maggiorazione del canone coevo e non soltanto successivo al contratto di locazione, oggetto di un procedimento simulatorio, nonché la validità del contratto registrato.

La registrazione tardiva, vicenda extranegoziale, è stata ritenuta inidonea ad influire sull'invalidità civilistica, non solamente di natura testuale (per contrarietà a norma di legge, ex art. 13, comma 1, l. n. 431/1998), ma anche di natura virtuale, attesa la causa concreta del patto occulto, illecita perché caratterizzata dalla vietata finalità di elusione fiscale e, quindi, insuscettibile di sanatoria.

Tali osservazioni vengono applicate dalla Corte di Cassazione in commento anche al caso della locazione ad uso diverso da abitazione,

nonostante le differenze funzionali tra locazioni abitative e non, concludendosi che il patto occulto di maggiorazione del canone, proprio perché diretto a celare un canone maggiore rispetto a quello indicato nel contratto scritto e registrato, con evidente finalità di elusione ed evasione fiscale, è nullo perché *ab origine* caratterizzato da una causa illecita in quanto in contrasto con il generale principio antielusivo desumibile dall'art. 53 Cost., posta altresì la natura precettiva e di norma imperativa della disposizione costituzionale. Non è di ostacolo a tale soluzione, Secondo la Corte, né la circostanza che, nelle locazioni ad uso diverso da quella abitativa, non sia prevista una norma analoga a quella contenuta nell'art. 13, comma 1, l. n. 431 del 1998 (che sanziona con la nullità il patto di maggiorazione del canone), né la possibilità di una sanatoria con effetti *ex tunc* per effetto della tardiva registrazione del patto che, altrimenti, dovrebbe considerarsi nullo ai sensi dell'art. 1, comma 346, l. n. 311 del 2004 (nullità per assenza di registrazione). Infatti, la nullità deriva non già dalla mancata registrazione (situazione suscettibile di essere sanata con il tardivo adempimento), ma, direttamente, dall'illiceità della causa concreta del negozio, quale vizio genetico dell'atto, che una tardiva registrazione non è idonea a sanare. In definitiva, non è configurabile una possibile sanatoria della nullità conseguente a registrazione tardiva di un accordo in violazione di norme imperative e che si pone in contrasto con interessi generali. Quanto poi alla sorte del contratto di locazione, la Corte fa propria la

scelta operata con la richiamata sentenza delle Sezioni Unite n. 18213 del 2015, sì che la nullità (parziale) del c.d. “accordo integrativo” non è idonea a travolgere l'intero rapporto, con la conseguente validità del contratto registrato e la debenza del canone apparente (non maggiorato). Le Sezioni Unite in esame pervengono a una tale soluzione interpretativa anche attraverso una nuova interpretazione dell'art. 79 l. n. 392 del 1978, a tenore del quale la sanzione della nullità colpisce, non soltanto, le maggiorazioni del canone previste in corso del rapporto e diverse da quelle *consentite ex lege*, ma, anche, quelle convenute al momento della conclusione del contratto, attinenti cioè al momento genetico.

Va altresì sottolineato come la stessa disciplina della locazione, tanto abitativa che ad uso diverso dell'abitazione si segnala per contemplare, a ben vedere, un'asimmetria di posizione contrattuale tra locatore (parte “forte”) e conduttore (“parte debole”), che prescinde dalla natura imprenditoriale o meno di quest'ultimo, il conduttore venendosi a trovare sempre e comunque in una condizione svantaggiata rispetto al locatore.

Di qui, la rilevante previsione normativa dell'art. 13, commi 1 e 4, l. n. 431 del 1998, da un lato, e dell'art. 79, l. n. 392 del 1978, per cui è nulla ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto o ad attribuire al locatore un canone maggiore rispetto a quello previsto

dagli articoli precedenti ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della presente legge.

7. La giurisprudenza in materia di prodotti finanziari.

Una materia che riveste un interesse ai fini del lavoro in oggetto è certamente quella dei prodotti finanziari con particolare riguardo ai c.d. contratti 4You o Foryou o Myway.

Il primo ricalcando lo schema del prodotto finanziario “Visione Europa”, prevedeva, come operazione unitaria, l’erogazione da parte della banca di un mutuo concesso allo scopo di acquistare per l’investitore titoli predeterminati e quote di fondo comune (dello stesso gruppo bancario), con costituzione di pegno sui titoli acquistati in favore della banca a garanzia della restituzione del mutuo.

Nell’ambito della giurisprudenza di merito, le soluzioni in ordine alla validità di una siffatta operazione negoziale non sono state univoche, oscillando tra pronunce di nullità per difetto di aleatorietà del contratto³⁵⁸ o per difetto di meritevolezza, pur essendo considerato contratto tipico³⁵⁹ e pronunce che hanno riconosciuto la validità

³⁵⁸ Tribunale di Brindisi, 21.6.2005, in tal senso, ha ritenuto si trattasse di un contratto avente natura atipica, non meritevole di tutela da parte dell’ordinamento ai sensi dell’art. 1322 c.c. in quanto “contratto aleatorio unilaterale”, poiché a fronte di un vantaggio certo a favore di una banca sta un’alea rilevante a carico del cliente.

³⁵⁹ Tribunale Milano 3.5.2013, afferma la nullità in quanto contratto tipico che persegue interessi non meritevoli di tutela; meritevolezza da escludere in ragione della mancanza di un equilibrio contrattuale tra le parti perché a fronte di molteplici costi, anche indiretti ed impliciti a carico dell’investitore, emerge la posizione di indubbio

dell'operazione il disequilibrio dei vantaggi economici riconducibili alle parti contraenti e la sconvenienza economica del contratto, non rilevando ai fini della valutazione della meritevolezza degli interessi ex art. 1322, comma 2, c.c.³⁶⁰

Le pronunce che hanno valorizzato, nel dichiarare nullo il contratto, l'ingiustificato squilibrio economico, lo hanno fatto in funzione del giudizio di meritevolezza, con ciò presupponendo evidentemente, la sussistenza nell'ordinamento di un principio di tendenziale equilibrio economico (anche nell'ambito dei contratti aleatori e nella sottospecie della convenienza economica equanime) da utilizzare quale parametro per la selezione tra contratti meritevoli e contratti immeritevoli.³⁶¹

Esaminando meglio la questione, va rammentato che il prodotto finanziario in contestazione, è sottoscritto da una società finanziaria con

vantaggio della banca che, con la serie di contratti tra di essi collegati e costituenti il prodotto finanziario, assume a priori la posizione di contraente favorito dal punto di vista economico del rapporto, essendo indubbi i guadagni della banca superiori ai costi sostenuti dall'investitore, a fronte anche dell'alea sui futuri risultati degli investimenti..

³⁶⁰ Secondo Trib. Torino, 8.5.2009, l'operazione ricalca lo schema proprio del contratto di mutuo di scopo (ove rileva il vincolo di destinazione delle somme mutate per un determinato scopo) che sarebbe arduo ritenere non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, in quanto l'investitore non lamenta la contrarietà del contratto ai principi regolatori dello stesso, quanto il disequilibrio dei vantaggi economici riconducibili alle parti contraenti, la sconvenienza economica del contratto, doglianza che però non può rilevare ai fini di una declaratoria di nullità del contratto, essendo la valutazione circa la convenienza economica estranea al controllo causale ed attinente alla sfera dei motivi soggettivi delle parti. La valutazione di meritevolezza, continua la sentenza, non deve essere effettuata *ex post*, sulla base del risultato economico conseguito, ma *ex ante*, sulla base della struttura negoziale astratta posta in essere dalle parti, in quanto ciò che conta sarebbe, ai fini della meritevolezza della tutela, che lo schema astratto congegnato dalle parti persegua un interesse meritevole di tutela e non che tale schema sia sicuramente conveniente per entrambe le parti, <<non essendo presente nel nostro ordinamento un principio in forza del quale ogni parte ha diritto a concludere affari vantaggiosi e, in caso contrario, a chiedere la nullità o l'annullamento del negozio stipulato, magari alla luce dell'esito non sicuro fin dalla conclusione del contratto per lei negativo>>.

³⁶¹ In senso contrario, R. ALESSI, *op. cit.*, 328-329.

investitori non professionali, astrattamente, destinato a svolgere una funzione previdenziale³⁶².

Lo scopo dell'investitore non professionale è di garantirsi, cioè, un piano previdenziale pur senza disporre della necessaria provvista, la quale, è, quindi, fornita, a titolo di mutuo, da una banca, ma la somma immediatamente è impiegata dalla stessa banca sulla base di un contestuale contratto quadro con il quale l'investitore la autorizza ad investire in prodotti finanziari. Infine, sui titoli così acquistati viene costituito un pegno destinato a garantire il pagamento delle rate del mutuo erogato dalla banca. Talvolta è altresì stipulato un contratto di assicurazione volto a coprire il rischio di inadempimento dell'investitore a cui è esposta la banca mutuante.³⁶³

Il recesso anticipato da parte dell'investitore è consentito previo pagamento di una penale.

La Cassazione³⁶⁴ muove innanzitutto dalla qualificazione giuridica del complesso rapporto.³⁶⁵ La Cassazione ha ritenuto trattarsi di contratto

³⁶² Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22950; Trib. Nola, 7 aprile 2012, in *Il Caso.it*; Cass. civ., 7 marzo 2016, n. 4473, in *Mass. Foro it.*, 2016; Cass. civ., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *ivi*, 2016.

³⁶³ Ad esempio, nel caso deciso da Cass. civ., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, 137, con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*.

³⁶⁴ Nelle fasi di merito del processo, il giudice ha pronunciato la nullità di questi contratti per violazione di diverse norme del TUF.

³⁶⁵ Due soluzioni sono astrattamente possibili: il prodotto 4you può essere considerato come una combinazione di contratti collegati tra loro, ma aventi ciascuno una propria causa, oppure può essere qualificato come un unico contratto, reso atipico proprio dalla combinazione di tutti gli schemi causali presenti nell'operazione economica. Peraltro, in relazione al giudizio di meritevolezza, la decisione circa l'unitarietà o meno del contratto potrebbe non risultare decisiva. Infatti, si è evidenziato come il collegamento contrattuale presenti una propria causa, diversa da quella dei contratti

unitario atipico, con conseguente necessità di giudizio sulla meritevolezza della causa alla stregua dell'art. 1322, comma 2°, c.c.

La Corte, dunque, non si è soffermata sulla violazione dei doveri di informazione, sul conflitto di interessi o sulle modalità convenute per l'esercizio del diritto di recesso, ma sulla meritevolezza degli interessi perseguiti con il contratto.

La violazione del t.u.f. e del Regolamento Consob n. 11522/1998 è stata presa in considerazione per i riflessi sul sinallagma contrattuale, quindi per i riflessi sulla meritevolezza della causa del contratto.

La Corte di Cassazione ha, quindi, chiarito che il giudizio di meritevolezza non deve essere effettuato secondo il parametro del "proibito", altrimenti sarebbe non meritevole ciò che è contrario alla legge. È immeritevole ciò che non può ricevere la protezione formale degli effetti giuridici, sicché un contratto immeritevole risulta improduttivo di effetti ab initio.

Il giudizio di meritevolezza è inoltre assimilato a quello di nullità in relazione agli obiettivi perseguiti tramite lo stesso, in quanto anche il giudizio ex art. 1322, comma 2°, c.c. costituisce un controllo a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento³⁶⁶. La Cassazione asserisce che

collegati; da questo punto di vista, occorrerebbe valutare anche la meritevolezza della causa dell'operazione generale. Qualora si accolga tale interpretazione del collegamento contrattuale, quindi, il giudizio di meritevolezza dovrebbe comunque essere effettuato in relazione all'intera operazione economica, a prescindere dalla tipicità dei contratti collegati, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 402 ss.

³⁶⁶ Così come la nullità, come affermato in Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 299, con note di C. SCOGNAMIGLIO, S. PAGLIANTINI; in *Danno e resp.*, 2015, VI, p. 592, con nota di R. FORNASARI.

anche ai contratti atipici di investimento o di intermediazione finanziaria è estendibile il principio secondo cui: «il legislatore, predisposta una struttura normativa significativa, [...] ha “voluto sottendere a quella medesima struttura un ulteriore significato non espresso costituito dall’interesse dell’ordinamento a che certi suoi principi cardine (buona fede, tutela del contraente debole, parità quanto meno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati”»³⁶⁷.

Esaminando la meritevolezza del contratto “My way” oggetto della controversia, la Suprema Corte ha sottolineato come il giudizio di meritevolezza abbia ad oggetto la causa concreta dell’accordo³⁶⁸, nel senso della struttura effettiva dello scambio come predisposto dalle parti, attraverso l’individuazione ed esame degli interessi perseguiti tramite il contratto ed il rapporto intercorrente tra le obbligazioni convenute.

³⁶⁷ Da tale stretto collegamento con il giudizio di nullità deriva la possibilità di rilevare la non meritevolezza del contratto anche ex officio in ogni stato e grado del processo, sulla scorta di quanto affermato nelle pronunce Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in Foro it., 2015, I, c. 862, con note di R. PARDOLESI, A. PALMIERI, M. ADORNO, S. PAGLIANTINI; in Corriere giur., 2015, 88 (m), con nota di V. CARBONE.

³⁶⁸ Che il giudizio di meritevolezza abbia ad oggetto la causa del contratto e non sia sovrapponibile a quello relativo alla liceità del contratto è stato sottolineato da F. GALGANO, Trattato di diritto civile, cit., 185, 242-243; tuttavia l’autore sostiene che il giudizio di meritevolezza sia sostitutivo di quello relativo all’esistenza della causa in astratto, che in relazione ai contratti tipici è già stato effettuato dal legislatore. Al contrario, una parte della dottrina aveva ritenuto che il giudizio di meritevolezza avesse ad oggetto il tipo: F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 62; ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 817.

La meritevolezza, quindi, non è valutata in relazione agli interessi che, astrattamente, l'accordo è volto a realizzare, ma in relazione alla loro effettiva configurazione nell'assetto del regolamento pattuito.

Le obbligazioni reciprocamente convenute dall'investitore e dall'intermediario sono, quindi, contestualizzate in relazione alla situazione economica in cui si trovano le parti che è, in ragione della asimmetria informativa e del diverso potere contrattuale, strutturalmente squilibrata.

Al termine dell'analisi, la Corte di Cassazione afferma che il contratto oggetto della controversia è immeritevole in quanto: «la rilevanza dell'insieme delle violazioni, [...], evidenzia l'enorme alterazione dell'equilibrio contrattuale realizzato con il modello contrattuale for you, in quanto caratterizzato da una promessa, il raggiungimento di un beneficio economico futuro a fini previdenziali, radicalmente disatteso non dall'andamento imprevedibile dei mercati, ovvero da un rischio che poteva essere contenuto nel nucleo causale del contratto atipico in questione, ove accompagnato dalle cautele previste dal T.U.F. e dalla normazione regolamentare Consob, ma dal tessuto di regole e vincoli contrattuali, congegnati in modo tale da esporre il cliente esclusivamente a conseguenze svantaggiose oltre che a non consentirgli un'effettiva facoltà di recesso, mentre l'interesse dell'intermediario è sostanzialmente privo di effettivi margini di rischio dal momento che esso lucra gli interessi del mutuo, colloca prodotti (anche in conflitto

d'interessi) ed opera sul mercato. Tale rischio non può identificarsi con la possibilità che il mutuatario investitore sia inadempiente, trattandosi di un'evenienza comune a tutti i contratti onerosi». ³⁶⁹

La Corte evidenzia che il mancato raggiungimento di un beneficio per l'investitore non dipende da un andamento negativo del mercato, ma dallo schema contrattuale, costruito in modo tale da comportare una perdita sicura per lui.

La Cassazione pone al centro del giudizio di meritevolezza lo scambio così come realizzato in concreto dai contraenti, differenziando il profilo strutturale da quello relativo allo svolgimento del rapporto contrattuale ³⁷⁰.

Per di più nell'enunciazione del principio di diritto si afferma che il contratto "4 you", così come strutturato, è in contrasto con i principi di cui all'art. 47, comma 1°, Cost. e dell'art. 38, comma 2°, e 5 Cost., relativi rispettivamente alla tutela del risparmio ed all'incoraggiamento di forme di previdenza, anche privata.

³⁶⁹ Cass. civ., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

³⁷⁰ Così anche Cass. civ., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, in Banca, borsa e tit. cred., 2016, II, p. 137, con nota di A. TUCCI.

CAPITOLO VIII

ELEMENTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE E COMPARATO.

SOMMARIO: 1. Aspetti di diritto internazionale; 2. Elementi di diritto comparato

1. Aspetti di diritto internazionale.

E' opportuno, ora, dare uno sguardo ad alcuni elementi di diritto internazionale e di diritto comparato relativi ai vari profili esaminati nel presente lavoro.

In primo luogo, occorre richiamare i c.d. Principi Unidroit ³⁷¹, i Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PDEC) ³⁷² e il Draft Common Frame of Reference (DCFR) ³⁷³.

³⁷¹ Sui principi *Unidroit*, si vedano, tra gli altri, G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, 316 ss.; G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'Unidroit*, *ivi*, 825 ss.; M.J. BONELL, *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 231 ss.; *ID.*, *I principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2004, 535 ss.; *ID.*, *The Unidroit Principles 2010: an International Restatement of Contract Law*, *ivi*, 2011, 881 ss.; G. DE NOVA, *Unidroit principles of international commercial contracts*, in *Contratti*, 1994, 501.

³⁷² In argomento si veda G. ALPA, *I principles of european contract law predisposti dalla commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 483 ss., e, con specifico riferimento all'asserita assenza della causa nel sistema dei PDEC, si veda G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la causa del contratto*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 453 ss.; C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa, I Principi di diritto Europeo dei contratti, I e II*, a cura di C. Castronovo, Milano, 2001; *ID.*, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di Codice*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti* (a cura di G. Vettori), Padova, 1999; *ID.*, *Principi di Diritto Europeo dei contratti, Parte I e II*, Milano, 2001; *ID.*, *Il contratto nei principi di Diritto Europeo*, in *Ed. Dir. Priv.*, 2001; *ID.*, *Principi di Diritto Europeo dei contratti, Parte III*, Milano, 2005; *ID.*, *Good faith, and The Principles of European Contract Law*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2005; *ID.*, *Autonomia Privata e Costituzione Europea*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2005, 44 e ss.

Si tratta di progetti (c.d. fonti di *soft law*)³⁷⁴ rimasti per lo più in fase “embrionale” di “armonizzazione” del diritto contrattuale europeo, come nel caso del secondo libro del Draft Common Frame of Reference (DCFR)³⁷⁵ e dei Principles of European Contract Law (PECL)³⁷⁶, o legati ad una visione internazionalistica, come nel caso dei Principi Unidroit³⁷⁷.

³⁷³ S. STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella Proposta sulla Cesi*, in *Contr. impr.*, 2015, 719 ss.

³⁷⁴ Si vedano anche BERGER, *The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria*, in *Revue de Droit Uniforme / Uniform Law Review*, 2000-1, pag. 153.; ID. *Excuse for non-Performance in the light of Contract Practices in International Trade*, 63 *Columbia Law Review*, 1963, 1437; BONELL, *Force majeure e hardship nel Diritto Uniforme della Vendita Internazionale*, in *Diritto Commerciale Internazionale*, 1990, 543; ID. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, in *Revue de Droit Uniforme / Uniform Law Review*, 1996, 229.

³⁷⁵ Nel 2008 è stato pubblicato il testo di un progetto di codice civile europeo, ribattezzato “progetto di un quadro comune di riferimento” (appunto, *Draft common frame of reference*), predisposto da una commissione di accademici, poi aggiornato nel 2009. Sul tema si rimanda a G. ALPA - U. PERFETTI - P. ZATTI - G. IUDICA, *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009. Si tratta di strumento pensato dalla Commissione europea nel suo *Action Plan* di cui alla comunicazione al Parlamento e al Consiglio *on a more coherent European contract law* del dicembre 2003, come uno strumento per assicurare che uno stesso concetto, pur utilizzato in ambiti territoriali differenti, sia applicato e interpretato in modo uniforme, ma anche quale base per uno strumento opzionale che le parti possono scegliere come legge da applicare, o riferimento da utilizzare da parte dei legislatori europei nella loro attività di futura codificazione (tool box).

³⁷⁶ All'inizio degli anni ottanta, una commissione formata da giuristi di vari paesi della Comunità europea, costituita su indicazione della Commissione e per iniziativa di Ole Lando, professore alla Business School di Copenhagen, iniziò ad elaborare i “Principi di diritto europeo dei contratti” e delle obbligazioni. Sul tema, C. CASTRONOVO, *I “principi di diritto europeo dei contratti” e l’idea di codice*, in *Riv. dir. comm. e obbl.*, 1995, I, 21-38; G. ALPA, *I Principles of European Contract law predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 483 ss.

³⁷⁷ I Principi UNIDROIT, pubblicati nel 1994, possono essere considerati un “esperimento” di codificazione di un sistema giuridico sovranazionale delle transazioni internazionali. Essi sono stati elaborati in seno all’UNIDROIT – *International Institute for the Unification of Private Law* – organizzazione internazionale indipendente. Sul tema si veda F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. comm. dell’economia, dir. da F. Galgano*, Vol. XXX, Padova, 2003.

Per quanto qui di interesse è opportuno, in primo luogo, rammentare come l'art. 4:109 dei PECL, sotto la rubrica “ingiusto profitto o vantaggio iniquo”, stabilisce che una parte può annullare il contratto se al momento della sua conclusione versava in una condizione di minorazione nei confronti dell'altra (dipendenza, relazione di fiducia, bisogno, necessità urgenti, prodigalità, ignoranza, mancanza di esperienza, dell'accortezza necessaria a contrattare) e quest'ultima, a conoscenza, o dovendo essere a conoscenza di ciò, ha tratto un vantaggio iniquo, o un ingiusto profitto. Su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza. Il giudice può parimenti modificare il contratto su domanda della parte alla quale è stata inviata la comunicazione di annullamento per ingiusto profitto o vantaggio iniquo, purché la parte che ha inviato la comunicazione ne sia informata prontamente da quella che l'ha ricevuta e prima che abbia potuto agire sulla fede nella comunicazione. La norma, nel considerare il potere del giudice di intervenire sul contratto, seppure ai fini della valorizzazione della *gross disparity* fa riferimento alla condizione di “minorazione” indicata, sicchè, nella sostanza, valorizza anche condizioni, quali l'accortezza a contrattare, che pongono le basi per un ragionamento evolutivo della “parte debole” e, quindi, dell'asimmetria nel senso più sopra ricordato.

Frequente è, poi, il riferimento nei PECL alla buona fede e correttezza visti come strumenti che hanno la funzione di integrare ed equilibrare il contratto.

Quindi, i principi prevedono l'intervento c.d. interno delle parti contraenti sul regolamento contrattuale al fine di rendere il contratto stesso conforme al principio di equilibrio e proporzionalità, evitando così il ricorso al giudice, il quale, pur in via residuale, può intervenire sul contenuto del contratto.

L'art. 3.10 dei principi Unidroit, sotto la rubrica "eccessivo squilibrio", afferma che: «una parte può annullare il contratto se al momento della sua conclusione esso, o la clausola, attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo, dovendosi considerare, tra gli altri fattori, le difficoltà economiche, o le necessità immediate della prima parte, la sua imperizia, ignoranza, inesperienza, mancanza di abilità a trattare».³⁷⁸

Analizzando la disciplina dell'Unfair exploitation posta dall'art. 7:207 del DCFR si può verificare l'esistenza di una previsione non dissimile

³⁷⁸ Sulle disposizioni Pecl e Unidroit che precedono si vedano M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale (Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo)*, Torino 2006, 263 ss.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, cit., 45 s. Sul punto si vedano, inoltre, R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano 2017, 21 ss., la quale ricorda anche l'art. 7:207 DCFR II – Draft Common Frame of Reference; G. IUDICA, *Il diritto privato europeo tra essere, non essere e wishful thinking*, in G. Alpa (a cura di), *I nuovi confini del diritto privato europeo*, Milano 2016, 311 ss., spec. 314; F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impr.*, 2005, 520, il quale enfatizza la rilevanza dei Principi Unidroit sul piano della lex mercatoria. Si veda, inoltre, D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in L. Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli 2002, 101 ss..

da quella dell'art. 4:109 dei Pecl, da cui il Dcfr dichiaratamente trae spunto. Infatti, si dice che una parte può chiedere l'annullamento del contratto se versava in una delle condizioni di minorazione sostanzialmente analoghe a quelle previste dall'art. 4:109 cit., l'altra parte conosceva, o poteva conoscere tale condizione, e ne ha tratto «*an excessive benefit or grossly unfair advantage*». ³⁷⁹

Le previsioni in esame tendono in vario modo a richiamare la nozione di equilibrio contrattuale e il principio di buona fede³⁸⁰, disciplinando le situazioni di c.d. “*gross disparity*” o “*grossly unfair advantage*”³⁸¹ collegandole a situazioni di “*minority*” che possono anche solo consistere nell'ignoranza, attribuendo al giudice anche poteri di intervento “diretto”.

³⁷⁹ Dalle previsioni suestese, si tende, però, a trovare conferma dell'irrelevanza, in sé e per sé, dell'ingiustizia delle ragioni dello scambio poiché l'innescò del meccanismo di tutela (declinato *sub specie* di invalidazione del contratto) è subordinato alla compresenza di plurime condizioni, tutte necessariamente concorrenti e precisamente: a) un'asimmetria di potere contrattuale indotta da una condizione di minorazione in cui si trova un contraente nei confronti dell'altro; b) la sua conoscenza da parte di quest'ultimo, e c) l'approffittamento della condizione di minorazione dell'altra parte, con d) il conseguimento di un beneficio eccessivo, o di un vantaggio gravemente iniquo. In tal senso, U. PERFETTI, *op. cit.* 349 ss.

³⁸⁰ Si vedano F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in Riv. dir. priv., 1999, 40 ss.; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, Torino, 2002, 218 ss.; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 310 ss.

³⁸¹ Laddove *unfair*, che, spesso, indica l'ipotesi di un comportamento formalmente rispettoso delle regole ma sostanzialmente scorretto, come accade anche nei sistemi di common law. Nel precedente *Ahern v. Knecht*, 563 N. E. 2d 787, 792 (III App. Ct. 1990), riportato da D. D. BARNHIZER, *Inequality of Bargaining Power*, 2005 U. Colo. L. Rev., p.139 ss., la Corte si esprime in tal senso: « Factors relevant to finding contract unconscionable include gross disparity in the values exchanged or gross inequality in the bargaining positions of the parties together with terms unreasonably favorable to the stronger party ».

Con riferimento alla causa del contratto, invece, le fonti di *soft law* predette sembrano prospettare il “superamento”.³⁸²

D'altronde, va ricordato che l'art. 59, comma 1, lett. f) della proposta di regolamento europeo sulla vendita, COM (2011) 635, testualmente afferma che «nell'interpretazione del contratto si deve avere riguardo, in particolare [...] alla natura e allo scopo del contratto».

Non solo, ma un riferimento all'interpretazione funzionale si desume dall'art. 5:102 dei PECL, il quale afferma che «*In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to [...] the nature and purpose of the contract*»; dall'art. 4.3 dei Principi Unidroit il quale afferma che nell'interpretazione del contratto «si deve avere riguardo a tutte le circostanze rilevanti del caso, ed in particolare a [...] la natura e lo scopo del contratto»; nonché dall'art. II-8:102 del DCFR secondo il quale prevede che «*In interpreting the contract, regard may be had, in particular, to [...] the nature and purpose of the contract*».³⁸³

Il sistema dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti, invece, nello stabilire i requisiti del contratto, va ad inquadrare fra questi il requisito dell'“Accordo sufficiente”. L'art. 2:101 del sistema dei PDEC dispone, difatti, che «Il contratto è concluso quando le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e hanno raggiunto un accordo

³⁸² Sul tema, v., per tutti, E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, in Riv. dir. comm., 2003, 979 ss.; G.B. FERRI, *L'“invisibile” presenza della causa del contratto*, in Eur. dir. priv., 2002, 897 ss. (e ora in ID., *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008, p. 449 ss.); E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto, sub art. 1325 c.c.*, in Cod. civ. Comm. Schlesinger, Milano, 2013, 35 ss.

³⁸³ In termini generali M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, cit., 29.

sufficiente.» L'art. 2:103 dei PDEC stabilisce, poi, che, «l'accordo contrattuale è sufficiente quando le clausole contrattuali sono state dalle parti sufficientemente determinate in modo che vi si possa dare esecuzione, o possono essere fissate nei loro termini in applicazione dei Principi. Se però una parte rifiuta di concludere un contratto fino a quando le parti non abbiano trovato l'accordo su un punto specifico, il contratto non viene ad esistenza fino a quando non è stato raggiunto l'accordo su questo punto».

Da tali articoli si evince che fra i requisiti del contratto non vengono menzionati né la forma, né l'oggetto e né la causa e che il contratto è considerato come un libero accordo che si perfeziona solo quando le parti convengono su tutti i punti e su tutte le clausole che consentono loro il raggiungimento delle finalità che si sono preposte.

In tema di rinegoziazione, poi, i PECL, all'art. 6:111, prevedono, in caso di prestazione eccessivamente onerosa dovuta al mutamento delle circostanze, l'obbligo per le parti di avviare trattative e, in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, il potere del giudice di sciogliere il contratto o modificarlo; l'articolo contempla altresì il risarcimento del danno a carico della parte che non abbia agito secondo buona fede. Anche nel Draft Common' Frame of Reference è valorizzata l'esigenza di conservazione dei rapporti contrattuali a discapito della rigidità dello schema dell'atto voluto dalle parti mediante il potere attribuito al giudice di risolvere il contratto o di Modificarlo

dopo il fallimento delle trattative delle parti. In una prospettiva non diversa, nei contratti commerciali internazionali, i principi Unidroit contemplano l'inserimento di clausole di *hardship*, inquadrabili, tuttavia, tra le clausole di adeguamento automatico e non di rinegoziazione (arar 6.2:2 e 6.2.3)

2. Elementi di diritto comparato.

Si è detto ampiamente più sopra in ordine al rilievo che nell'ordinamento italiano riveste il principio di buona fede e correttezza, anche in considerazione dello stretto collegamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost.

In diversi ordinamenti e in particolare nell'ordinamento tedesco, l'applicazione della buona fede ha permesso di adattare i precetti legali a particolari esigenze emerse nella prassi. Anche nel diritto contrattuale inglese, dove domina l'idea della buona fede quale naturale antagonista della concezione del contratto come modello conflittuale di convivenza sociale, si assiste alla rivalutazione del ruolo della *good faith*, che coincide con la riscoperta della necessità, in ambito negoziale, di un nuovo paradigma cooperativo.³⁸⁴

³⁸⁴ Si vedano, *ex multis*, R. BROWNSWORD, *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Dartmouth, 1999; J. GORDLEY, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2005; A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale; Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, 127.

D'altronde, i paesi di *common law* sono particolarmente riluttanti all'ammissione di una *ethic of cooperation* capace di sdoganare interventi modificativi e perequativi del contenuto contrattuale. Gli ordinamenti angloamericani, in omaggio al principio mercantile della *freedom of contract*, mal tollerano il sindacato sugli effetti sostanziali dello scambio tendente a sanare eventuali squilibri nella distribuzione della ricchezza: compito delle Corti è statuire sulla validità e sulla *enforceability* dei contratti e non sostituirsi alla volontà dei privati mediante l'utilizzo di criteri indeterminati quali ragionevolezza e equità³⁸⁵. La nozione di *contract*, sostanziale espressione della *sovereign party intention*, nega tutela giuridica agli scambi conclusi a condizioni inique, a meno che lo squilibrio delle prestazioni non costituisca il significativo indice dell'alterazione dell'ordinario processo di formazione della volontà³⁸⁶ o denoti l'esistenza di un grave stato di vulnerabilità a carico di uno dei contraenti.

³⁸⁵ L'idea classica del contratto come *bargain* che postulava la possibilità di un sindacato sulla congruità delle prestazioni oggetto dello scambio viene, a partire dalla fine del settecento, adombrata dal crescente valore riconosciuto all'intangibilità della volontà delle parti. I principi tradizionali di uguaglianza nello scambio e di equilibrio nelle contrattazioni sono, man mano, accantonati dalla necessità di garantire la certezza dei traffici, sottraendo le contrattazioni a forme troppo incisive di controllo, legate agli interventi delle Corti d'*equity* sulla valutazione della congruità dell'assetto negoziale. Il contratto, strumento principale degli scambi commerciali, non è più diretto a realizzare fini di giustizia sociale ma, semplicemente, a attuare la volontà delle parti. Questo non significa che i sistemi di *common law* non prevedano forme eteronome d'integrazione della volontà contrattuale (si pensi ad esempio agli *implied terms* che consentono un penetrante controllo giudiziale sul contenuto negoziale), ma che la semplice sproporzione delle prestazioni non basta a giustificare tout court l'operatività. Sull'evoluzione del concetto di *contract* si veda G. ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1987, 12 ss.

³⁸⁶ Ci si riferisce ai casi di *misrepresentation*, *duress*, *mistake* e in generale a tutte quelle ipotesi in cui sia possibile isolare un elemento capace di incidere in maniera

In tal senso, va ricordata la *doctrine of unconscionability*, “codificata” in area nord - americana attraverso lo Uniform Commercial Code (Sect – 302)³⁸⁷ ed il *Restatement* in materia contrattuale, con la quale si è ampliato il sindacato giudiziale sul contenuto negoziale iniquo.

Accanto alle tipiche ipotesi di coartazione della volontà o, più in generale, dei vizi del consenso, le disparità contrattuali rilevano tramite l'*unconscionability* tutte le volte in cui alla luce del generale contesto commerciale e delle specifiche esigenze di un certo rapporto contrattuale le clausole negoziali si presentino inique.

Nonostante il concetto di *unconscionability* non si presti ad interpretazioni univoche, è evidente che mediante il suo utilizzo s'intenda perseguire disparità legate agli status soggettivi o a contegni prevaricatori e captatori. In altri termini, se la sola inadeguatezza della *consideration* non è sufficiente a un giudizio di invalidità in ordine al contenuto di un contratto può, tuttavia, rivelarsi indicativa della presenza di difetti nella formazione dell'accordo negoziale o della

distorsiva sulla corretta espressione della volontà negoziale. Per un esame analitico e dettagliato dei vizi della volontà nell'esperienza di common law si veda L. SAPORITO, *Vizi del consenso e contratto nella Western Legal Tradition*, Napoli, 2001; ID, *I Vizi della volontà nel contratto*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2006, 205 –232.

³⁸⁷ La Section 2 - 302 dello Uniform Commercial Code prevede che : « (1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. (2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial settings, purpose and effect to aid the court in making the determination ». Per il testo integrale del codice si veda www.law.cornell.edu.

violazione di altre *fairness rules*, testimoni dell'*inequality of bargaining power* tra contraenti.³⁸⁸

L'equilibrio contrattuale appare, dunque, nella tradizione continentale come in quella dei sistemi di common law, di esclusiva spettanza dei privati; l'intervento giudiziale, correttivo o integrativo che sia, è generalmente attivato da domanda di parte ed è circoscritto a specifiche ipotesi in cui la conclusione o l'esecuzione dell'accordo si siano prodotte in condizioni di grave anomalia.

Con riferimento alla causa del contratto, invece, è rilevante dar conto della recente riforma del *code civil* a seguito dell'emanazione dell'Ordonnance n. 2016-131 del 10 febbraio 2016³⁸⁹, la quale ha, almeno apparentemente, decretato la scomparsa della causa del contratto.³⁹⁰

Nel sistema giuridico francese, la *cause* costituiva, secondo il vecchio testo dell'art. 1108 Code civil, la condizione di validità del contratto,

³⁸⁸ La teoria dell'*inequality of bargaining power* costituisce un tentativo della dottrina di ricomprendere in un'unica categoria tutte le ipotesi d'inuguaglianza del potere contrattuale. Sul tema si veda *ex pluris* J. CARTWRIGHT, *Unequal Bargaining. A Study of the Vitiating Factors in the Formation of contracts*, Oxford, 1991, passim. Per D. D. BARNHIZER, *Power, Inequality and the Bargain: the Role of Bargaining Power in the Law of Contract*, 2006 *Mih. St. L. Rev.*, p. 841: « Inequality of bargaining power provided the legal, political, and moral rhetoric necessary to justify a clean break between the freedom of contract and laissez – faire doctrines of the late nineteenth century and the progressive and realist doctrines deemed necessary by many courts and commentators to respond to the challenges of industrialization and modernization».

³⁸⁹ Sulla Riforma in parola si veda G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 177 ss.; nonché D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 432 ss.

³⁹⁰ Per una analisi dei vari progetti di riforma presentati in Francia si veda. M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., 27 ss.

dovendo questa essere *licite*, nozione questa che trova non pochi punti di contatto con quella di causa concreta del contratto proposta dalla nostra dottrina e recepita dalla giurisprudenza di legittimità. La recente modifica del *code civil*³⁹¹ sembra confermare la necessità del congedo dalla causa³⁹², tale requisito essendo stato eliminato formalmente dal novero degli elementi essenziali del contratto, l'art. 1128 *c.c. fr.* facendo esclusivamente riferimento al contenuto lecito e certo.³⁹³

³⁹¹ Sul dibattito seguente si vedano, D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in Riv. dir. civ., 2016, 432 ss.; ID., *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, ivi, 2014, 800 ss.; G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in Giustiziacivile.com, 2016; L. KLEISTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in Nuova giur. civ. comm., 2016, II, 1543 ss.; G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nome*, cit., p. 1 ss.; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in Riv. dir. civ., 2017, 695 ss.; L. USUNIER, *L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère*, in Rev. trim. dr. civ., 2017, 343 ss.; J.S. BORGHETTI, *Le nouveau droit française des contrats, entre continuité et europeanisation*, in Annuario del contratto 2016 diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2017, p. 3 ss.; J. CARTWRIGHT E S. WHITTAKER, *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford, 2017, 395 ss.; C. CREA, *Riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto privato francese*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, I, 229 ss.; L. PONTIROLI, *Morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel code civil*, in Giur. it., 2018, 1238 ss.

³⁹² L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in Contr. impr./Eur., 2016, 311 ss. Si veda anche G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, cit.; L. KLEISTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in Nuova giur. civ. comm., 2016, II, 1542 ss.; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in Riv. dir. civ., 2017, 695 ss.; L. USUNIER, *L'attractivité internationale du droit français*, cit., 343 ss.; J.S. BORGHETTI, *Le nouveau droit française des contrats*, cit., 3 ss.

³⁹³ Si è sottolineato al riguardo, che «la soluzione accolta è quanto mai ambigua ed anodina: si considera quale elemento essenziale del contratto un contenuto lecito e certo, nozione che potenzialmente non esclude la causa ma che neppure necessariamente la contempla» E. NAVARRETTA, *La causa e la riforma del code civil*, in Pers. merc., 2017, 4, 206.

D'altronde, l'art. 1162 *c.c. fr.* non evoca la *cause*, ma discorre di *but*, di scopo che, ancorché non esplicito, non deve essere contrario all'ordine pubblico.

In questo senso, quindi, la funzione di controllo dell'equilibrio delle prestazioni³⁹⁴, come anche la funzione di regolazione e correttiva, che si attribuiva alla causa non è venuta meno posto che il legislatore della riforma, pur avendo soppresso la causa a livello terminologico³⁹⁵, sembra aver conservato nella sostanza la funzione tradizionalmente riservata alla causa, che sembra invero irrinunciabile³⁹⁶.

In questo senso, l'art. 1169 ribadisce la regola della nullità per mancanza di causa quando la controprestazione è «*illusoire oa de'risoire*»; l'art. 1170 fa riferimento alle circostanze che privano di «*sa substance l'obligation essentielle*»; ed ancora proprio lo stesso art. 1128, che, come detto, ai fini della validità del contratto richiede, oltre al consenso e alla capacità, un contenuto lecito e certo.

Quindi, si è inteso ribadire che «nonostante l'*assenza* dal nuovo testo del libro terzo del *Code Civil*, di ogni esplicito riferimento a questo elemento, pur sempre sostanzialmente essenziale, del contratto, la causa

³⁹⁴ Sul punto si veda M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilateral*, cit., 431 ss.

³⁹⁵ Per una critica alla scelta del legislatore francese di eliminare, anche solo a livello terminologico, la nozione di causa si veda. T. GENICON, *Notion nouvelles et notion abandonnée, réflexion sur une révolution des mots*, in *Rev. des contrats*, 2015, p. 625 ss. Egualmente critica sembra essere M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat*, ivi, 639 ss., la quale afferma che la nozione di causa «*est un symbole de la culture juridique français*».

³⁹⁶ Con specifico riferimento alla causa nel testo della riforma francese si veda D. MAZEAUD, *Prime note*, cit., 440; ID., *Pour que survive la cause, en dépit de la réforme!*, in *Droit patrimoine*, octobre 2014, n. 240, 38 ss.

continui a svolgere un ruolo fondamentale nelle concrete strutture degli schemi negoziali e contrattuali attraverso cui i privati regolano i propri interessi»³⁹⁷, sì che la causa, ancorché non se ne espliciti il nome, è presente in modo invisibile ovvero sotto una altra denominazione (contenuto, scopo)³⁹⁸.

La causa – anche se «*ne dit pas son nom*» – configura il luogo normativo destinato alla definizione di una complessa rete di problemi che oltrepassano l’orizzonte del paradigma contrattuale per ricomprendere le tecniche di trasferimento dei diritti e l’ingiustificato arricchimento³⁹⁹. Né può tacersi dell’asserita ineliminabilità delle tematiche e dei luoghi tradizionalmente frequentati dalla causa, giacché la circolazione della ricchezza, la protezione dei contraenti e la conformità al sistema sono «intrinseci all’idea stessa di autonomia privata, cui finiscono per essere necessariamente e inscindibilmente saldati»⁴⁰⁰. Il sistema ordinamentale, infatti, ha la necessità di offrire tutela ai terzi in sede di circolazione dei diritti mediante un sistema che

³⁹⁷ Così G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nom*, cit., p. 20. Si veda anche D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell’ordinamento francese*, trad. it. a cura di R. Pescara, in Riv. dir. civ., 2016, 432 ss. Sull’inutilità del superamento della causa v. anche G. GOUBEAU, *Leçon de cause. À propos de l’ouvrage de Jacques Ghestin. Cause de l’engagement et validité du contrat*, in Rev. trim. dr. civ., 2007, 57. Si veda anche M. GIORGIANNI, *L’evoluzione della causa del contratto nel codice civile francese*, Napoli, 2018, 33 s.

³⁹⁸ G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, 9-11 e p. 13 ss., ravvisa nelle previsioni degli artt. 1163 e 1128, nonché dell’art. 1162 *c.c. fr.*, la presenza della causa e, prendendo atto della scomparsa del termine causa, riconosce la permanenza di alcune funzioni – tradizionali o moderne – di essa, fermo restando, *ex artt. 1188 e 1189 c.c. fr.*, la rilevanza interpretativa che rende evidenti la contestuale presenza di profili oggettivi e soggettivi

³⁹⁹ E. NAVARRETTA, *Europa cum causa*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010, 324

⁴⁰⁰ Così G.B. FERRI, *L’accordo sufficiente e la causa del contratto*, cit., 463.

assicuri la certezza della vicenda traslativa attraverso strumenti che prescindono dalla conoscenza soggettiva, sì che la forza della regola del consenso traslativo è attenuata con riguardo ai terzi.⁴⁰¹

In punto di rinegoziazione contrattuale, poi, la riforma del *code civil* ha visto l'introduzione, con l'art. 1195, della disciplina della c.d. "imprevision" in forza della quale «se un cambiamento imprevedibile delle circostanze dopo la conclusione del contratto rende l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte che non ha accettato di assumersi il rischio, quest'ultima può richiedere una rinegoziazione del contratto all'altra parte. Questa continua ad adempiere alle sue obbligazioni durante la rinegoziazione. In caso di rifiuto o fallimento della rinegoziazione, le parti possono concordare la risoluzione del contratto, alla data e alle condizioni stabilite, o chiedere al giudice di adattarlo. In assenza di un accordo entro un termine ragionevole, il giudice può, su richiesta di una parte, rivedere il contratto o risolverlo alla ciste e alle condizioni che determina».

Oltre che dalla previsione di un regime di adeguamento del contratto, il tratto innovativo della norma sulle "sopravvenienze" è dato dal potere attribuito al giudice di intervenire nell'atto di autonomia privata, che potrà essere limitato non solo in ordine all'oggetto della domanda (risoluzione o revisione), ma anche dall'adozione di clausole

⁴⁰¹ Così, A. FEDERICO, *La causa del contratto tra <<regole>> e <<principi>>*, in www.comparazionecivile.it.

derogatorie o di predeterminazione convenzionale dei criteri di adeguamento.

CAPITOLO IX

PER UN APPROCCIO “PLURIMO” AL PROBLEMA DELL’EQUILIBRIO CONTRATTUALE. POSSIBILE SISTEMATIZZAZIONE DEL POTERE DI SINDACATO GIUDIZIALE.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2 L’equilibrio contrattuale e l’asimmetria.
3. Il compito e i poteri del giudice, in un’ottica sincretica.

1. Premessa.

Il complesso incedere delle questioni esaminate o comunque sottoposte all’attenzione del lettore nei capitoli che precedono, dimostra in primo luogo, che il sistema normativo dei contratti è fondamentalmente fuoriuscito dalla logica che era alla base del codice civile del 1942 c.c., ovvero che il sistema stesso fosse “perfetto” nei limiti tracciati dal codice civile stesso.

L’interprete nel ricostruire un istituto giuridico, è teso a mantenere la “coerenza” interna del sistema, in modo che ogni “tassello” giuridico vada correttamente a comporre un quadro completo, ma anche “perfetto”.

D’altronde, come è chiaro sia dall’analisi dell’”alluvionale” normativa speciale⁴⁰² che si è susseguita negli ultimi anni, sia dall’esame delle

⁴⁰² E’ un dato di fatto non controvertibile che ormai i livelli di normazione e tutela si pongono in modo stratificato e rispondono a finalità differenti e complesse, una pluralità di fonti, spesso eterogenee e non facilmente ordinabili.

pronunce giurisprudenziali che, sia pure con ragionevoli ripensamenti e contraddizioni, manifestano, però, sempre più la necessità di andare al di là dei limiti imposti dalle norme codicistiche, il dogma della “perfezione” del sistema non può essere accolto, perché il sistema non solo contiene antinomie spesso e volentieri di difficile soluzione, ma anche perché l’interpretazione della giurisprudenza, sulla scorta delle spinte della dottrina, spesso finisce per ricostruire parti di quel sistema di modo che istituti giuridici previsti normativamente finiscono per essere addirittura di fatto “annullati” sul piano applicativo.⁴⁰³

Ecco allora che mantenere intatta l’idea che l’istituto della rescissione ad oggi possa essere un limite invalicabile per una diversa ricostruzione dell’approccio giudiziale allo squilibrio contrattuale sotto il profilo economico, finisce per poter essere censurato come un esercizio retorico che non tiene conto del fatto che, sempre di più, la giurisprudenza, valorizzando in modo sistematico l’atomismo normativo dei nostri tempi, ha finito per aggirare proprio istituti limite come la rescissione attraverso la valorizzazione, per certi versi “estrema”, del concetto di causa, del principio di buona fede e solidarietà costituzionale (e, a ben vedere, dei principi costituzionali di volta in volta “utili” ai fini della decisione), nonché e primariamente dei criteri di interpretazione contrattuale.

⁴⁰³ E’ quello che è successo con il c.d. contratto in frode alla legge (art. 1345 c.c.) a seguito dell’affermazione del principio della causa concreta, come si è detto più sopra.

In questa tendenza sempre più marcata a ridefinire i confini “noti” ampliando quelli interni di istituti che precedentemente avevano una latitudine più ridotta, almeno in linea di principio (come per la causa contrattuale), ecco che concetti come “squilibrio normativo” e “squilibrio economico” o “asimmetria”, devono trovare, e già trovano, come si è visto in precedenza, nei fatti (nonostante nelle motivazioni formalmente venga dato conto del contrario) un diverso contenuto in tal modo essendo forieri di implicazioni applicative molto più accentuate.

Il dato che è emerso è che la giurisprudenza ha ormai assunto un approccio rimediale alle sproporzioni economiche eccessive nell’ambito dei contratti fondato proprio su un concetto di equilibrio economico-normativo del negozio che si correla necessariamente con la causa in concreto e valorizza in modo sempre più accentuato il concetto di asimmetria per farne derivare strumenti di tutela processuale non stretti nell’ambito delle previsioni puntuali del codice civile (come per l’annullamento e, appunto, la rescissione).

2. L’equilibrio contrattuale e l’asimmetria.

Si è più volte accennato al fatto che, tanto nella legislazione, quanto in giurisprudenza e dottrina si distingue l’equilibrio “normativo” da quello “economico” per veicolare il limite da parte del giudice di poter

sindacare quest'ultimo se non negli eccezionali casi previsti dall'ordinamento.

Si è parimenti sottolineato come si tratti di una dicotomia fuorviante in termini generali.

L'equilibrio negoziale è dato dall'insieme dei diritti ed obblighi previsti contrattualmente e, quindi, dall'insieme delle prestazioni aventi un valore economico, in via diretta o indiretta.

L'equilibrio contrattuale riguarda il complessivo regolamento negoziale, come "illuminato" dalla causa concreta del contratto, che è strumento di disposizione economica del patrimonio dei contraenti.

In questo senso, quindi, l'allocazione convenzionale dei diritti ed obblighi, e delle prestazioni oggetto di questi ultimi, al contempo definisce un equilibrio normativo e un equilibrio economico che sono due facce della medesima medaglia negoziale

L'equilibrio economico, in questo senso, non può essere limitato solo al rapporto tra le prestazioni c.d. caratterizzanti i rapporti contrattuali, cioè quelle che definiscono la tipologia di contratto stipulato dalle parti, perché il regolamento contrattuale e, quindi, la causa concreta dell'operazione giuridico-economica posta in essere dalle parti comprende l'intero assetto normativo predisposto dai contraenti, fatto anche di "prestazioni" o obblighi o garanzie accessorie (es caparra e multa penitenziale, caparra compromissoria, clausola penale), ovvero

prestazioni secondarie strumentali (es manutenzione straordinaria ecc...).

In questo senso, quindi, si deve far riferimento ad un equilibrio economico-normativo: il disequilibrio normativo inevitabilmente determina un disequilibrio economico.

Non a caso, peraltro, la stessa disciplina consumeristica, come si è visto, da un lato, censura anche il disequilibrio economico quando sussiste un vizio informativo e, dall'altro lato, nell'ambito delle clausole vessatorie contempla delle ipotesi la cui incidenza sull'equilibrio economico del contratto è evidente.

Così inteso l'equilibrio economico-normativo, è evidente la sua correlazione con la causa concreta del contratto.

Se non si può presumere che le parti nel negoziare vogliano addivenire ad un contratto "giusto"⁴⁰⁴, si può e deve presumere che le stesse attraverso l'attività negoziale intendano massimizzare il rispettivo interesse nel rispetto della massimizzazione dell'interesse altrui e, quindi, comune.

Si tratta di un principio di ragionevolezza che non è certamente risolutivo perché ovviamente non costituisce un criterio valoristico direttamente applicabile dal giudice nella soluzione del caso portato alla sua attenzione in sede processuale.

⁴⁰⁴ Concetto, peraltro, di difficile comprensione.

Si tratta, però, di criterio logico-giuridico in grado di spiegare la relazione tra equilibrio economico-normativo e causa in concreto.

Ogni operazione economica ha e deve avere un equilibrio, la causa serve a far emergere tale equilibrio: non è un concetto assoluto e non comporta la perfetta corrispondenza in termini normativo – economici delle prestazioni dedotte nell’operazione, ma ogni qual volta si viene a determinare una sproporzione eccessiva, e, quindi, un disequilibrio eccessivo, rispetto alle caratteristiche dell’operazione in posta in essere dalle parti e, perciò, della causa in concreto della stessa, si pone il problema di valutare se effettivamente quella causa in concreto esiste o pure no.

Ciò che sembra un paradosso o un circuito logico apparentemente privo di senso in realtà è la concretizzazione della c.d. circolarità del processo interpretativo.

Una volta ricostruita l’operazione e, quindi, la causa in concreto del contratto, il giudice, se riconosce la sussistenza di un elemento “gravemente squilibrante”, deve valutarne gli effetti e la compatibilità con la causa in concreto dell’operazione.

In questo senso, quindi, l’eventuale disequilibrio economico eccessivo deve trovare una giustificazione per non essere passibile di conseguenze, siano esse di tipo caducatorio, che, eventualmente, risarcitorie, giustificazione che potrà essere ricercata nell’ambito della

stessa operazione contrattuale o al di fuori di essa come nel caso di interessi economici “esterni” o interessi sociali o di liberalità⁴⁰⁵.

L'intervento del giudice è strumento di cui l'ordinamento si avvale per controllare l'autonomia negoziale evitando la produzione di risultati illogici che travalichino i limiti entro i quali le posizioni soggettive delle parti possono ritenersi meritevoli di tutela.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Inevitabile in proposito il rinvio, per un verso, al fenomeno del collegamento negoziale e, per altro verso, alle diverse tecniche che l'ordinamento mette direttamente o indirettamente a disposizione dei privati per modellare alle proprie specifiche esigenze le utilità rispettivamente ricavabili dall'operazione di scambio dedotta in contratto. Sul punto, R. SACCO, *op. cit.*, 583 ss.; G. SICCHIERO, *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2011, 2044 ss.; G.B. FERRI, voce *Il negozio giuridico*, in *Digesto delle Disc. Priv.*, Utet, 1995, 78; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, in *I contratti in generale*, IV, Utet, 2000, 31 ss.

⁴⁰⁶ In questo senso, quindi, deve intendersi il riferimento al potere di controllo indicato da Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. Civ.*, 1999, 2930 ss, prima e dalle Sezioni Unite del 2005, poi, come più sopra ricordato.

È sempre più diffuso in dottrina l'orientamento interpretativo in virtù del quale la sproporzione tra le prestazioni, in quanto manifestazione di un difetto di giustificazione del sacrificio sostenuto da una parte contrattuale nei confronti dell'altra, rivelerebbe una patologia della causa del contratto e andrebbe di conseguenza sanzionato con la dichiarazione di nullità: R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, 2008, 14 ss.; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1985, 309 ss.; ID., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali: corso di diritto civile*, Cedam, 2003, 224 ss. Tale opinione sembra trovare conforto, per un verso, nella diffusa rappresentazione della causa quale “causa in concreto” ovvero “sintesi degli effetti reali che il contratto stesso è diretto a realizzare: C.M. BIANCA, *Diritto Civile – Il contratto*, III, Giuffrè, 2000, 452 ss. e, in giurisprudenza, Cass. 8 maggio 2006, n. 10890; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941. E sembra confermato, per altro verso, dal crescente rilievo normativo riconosciuto al dato dello squilibrio tra prestazioni contrattuali nell'ambito della più recente evoluzione del diritto dei contratti statutale e non statutale. In tal senso, S. STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella proposta sulla Cegl*, in *Contratto e Impresa*, n. 3/2015, 719 ss.; L. FALTONI, *L'assenza della tendenziale equivalenza delle prestazioni come mancanza della causa contrattuale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2011, 787 ss. e con nota di M. RIZZUTI, *Nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Giur. It.*, 2011, 1544. Ma vedi anche Cass. 20 Novembre 1992, n. 12401, in *Corr. giur.*, 1993, 174 ss. con nota di V. MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*; Cass. 1 aprile 2011, n. 7557. Escludono invece che la sproporzione tra le prestazioni dedotte in contratto rilevi ai fini dell'accertamento della sua validità, tra i tanti A. DI MAJO, voce *La causa negoziale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 8; R. SACCO, *Il contratto*, Utet, 1975, 788; M. BARCELLONA, *Della causa – Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, 2015, 392 ss.

Ne consegue, quindi, che a ben vedere, lo squilibrio economico – normativo è un limite interno alla stessa autonomia privata.

Concepito in questo senso lo squilibrio, si può ben comprendere, il significato di quanto statuito dalla Corte Costituzionale con le ordinanze del 2013 e del 2014: le stesse non hanno inteso dire che in ogni caso la caparra confirmatoria di elevato importo è riducibile o nulla, ma che sta al giudice valutare in relazione al principio di buona fede in cui a ben vedere si compendia anche il principio di non irragionevolezza come sopra inteso se di volta in volta viene o meno in esame una sproporzione eccessiva ingiustificata che rende il contratto o anche solo la clausola nulla.

Il sistema non vuole che si raggiunga il “giusto valore di scambio” ma vuole che non vi siano delle eccessive ed ingiustificate (causalmente) sproporzioni economiche.

Sotto altro profilo, un altro concetto importante quando si tratta di squilibrio contrattuale e sindacato giudiziale è quello di “asimmetria”.

Come si è sottolineato, la disciplina codicistica è fondata sull’ipotesi della simmetria o pari forza contrattuale delle parti che liberamente e consapevolmente giungono ad un accordo consci di tutti gli aspetti di fatto e di diritto necessari per la soddisfazione del relativo interesse.

Sulla scorta di questa premessa, quindi, salvo che la predetta volontà originaria non sia viziata da incapacità naturale, giuridica, errore giuridicamente rilevante, violenza o dolo, l’assetto ed equilibrio

originario del contratto potrebbe essere posto nel nulla dal giudice, nei contratti a prestazioni corrispettive, solo nei limiti previsti da norme ritenute, coerentemente, date le premesse, eccezionali come quelle disciplinanti la rescissione, la riduzione della clausola penale eccessiva, l'usura, etc.

Ebbene, abbiamo constatato dall'esame degli istituti in precedenza trattati, che anche in considerazione della valorizzazione dei principi costituzionali (di cui all'art. 2 Cost., nonché agli artt. 41 comma 2 e 3 Cost.), in correlazione con le disposizioni codicistiche e presenti nella legislazione speciale, si va affermando la cogenza di un obbligo di trasparenza da parte di entrambi i contraenti affinché la controparte sia resa compiutamente edotta di tutti i possibili elementi anche accessori che potrebbero influire sulla effettiva soddisfazione dell'interesse che la muove a stipulare il contratto, in particolare modo laddove, nell'ambito delle trattative, questi interessi siano esplicitati ovvero siano connaturati alla tipologia di operazione stipulanda.

Il contratto, infatti, certamente è una sintesi di volontà, ma per poter accedere all'intangibilità della forza di legge ex art. 1372 c.c. occorre che effettivamente entrambe le parti si vengano a trovare quanto più in condizioni di parità informativa e contrattuale.

Solo così il consenso costituisce realmente il fondamento di vincolatività del contratto sottratto ad ogni forza eteronoma in grado di alternarne l'assetto interno.

Solo così, infatti, può dirsi sussistere la libertà dei privati di addivenire ad un'autoregolamentazione dei propri interessi nel modo ritenuto più conveniente ed opportuno e in mancanza, non può più dirsi che anche scambi economicamente sperequati e sproporzionati sono da ritenersi legittima espressione dell'autonomia privata, purché non siano collidenti con i limiti esterni di esercizio posti ad essa dall'ordinamento, perché non possono ritenersi rappresentare il risultato immediato del consenso libero e genuino dei contraenti.

Portando all'estremo il ragionamento, quindi, in primo luogo, deve ritenersi che l'"asimmetria" rilevante potrà essere, in ipotesi, compatibilmente rispetto alla tipologia di contratto stipulato e in relazione alle singole fattispecie concrete, ogni forma di "squilibrio soggettivo" compresa anche la mancanza di informazioni sulle circostanze di fatto utili a comprendere la fattibilità o utilità economica dell'operazione o anche la mera inesperienza.

In secondo luogo, è probabilmente venuto il momento di ridimensionare la distanza tra c.d. "*dolus malus*" e "*dolus bonus*"⁴⁰⁷, se solo si considera che anche la mera reticenza laddove impedisca a una delle parti di formarsi un completo bagaglio nozionale sull'operazione da compiere può comportare una non ponderata accettazione di condizioni contrattuali gravemente squilibrate.

⁴⁰⁷ Che la giurisprudenza tende a non censurare, si veda, al riguardo, Cass. civ., sez. II, 10/09/2009, n. 19559, in

Pertanto, il concetto di “asimmetria” non può essere limitato alla differenza di potere contrattuale (come nel caso delle fattispecie di cui al c.d. “terzo contratto”) o informativo “qualificato” dalla particolare categoria soggettiva legislativamente determinata (come per i consumatori), ma, seppure dovendosi calibrare la portata degli obblighi informativi caso per caso, viene in gioco, in via generale, anche nei contratto “di diritto comune”, ad es., ogni qual volta un contraente assuma una posizione “privilegiata” rispetto alle informazioni che in diverso modo possono incidere sulla utilità economica del contratto.

3. Il compito e i poteri del giudice, in un’ottica composita.

Precisato quanto sopra, allora, vediamo di fare degli esempi per comprendere in termini pratici come opera il sindacato sull’equilibrio.

Discorrere di “sindacato giudiziale” comporta la necessità di porsi nell’ottica processuale del giudice che deve decidere una controversia sulla base delle deduzioni ed eccezioni nonché delle prove offerte dalle parti, in conformità agli artt. 115 ss. c.p.c.

Laddove, pertanto, venga, come normalmente accade, prospettata dalle parti una difforme ricostruzione degli elementi contenutistici ed effettuali del contratto in contestazione, laddove una di esse venga in particolare a dolersi di uno squilibrio di natura economica (diretta o indiretta, laddove “passi” attraverso uno squilibrio normativo), il

giudice deve “approcciare” le questioni sottoposte al suo giudizio sotto diversi profili che, di fatto, poi, vengono a concatenarsi e in buona parte a sovrapporsi pur non confondendosi concettualmente.

Quello che certamente il giudice non può fare, alla luce di quanto esaminato nei capitoli che precedono, è “sostituirsi” alle parti “*tout court*” nella determinazione di ciò che può ritenersi un giusto corrispettivo, una giusta proporzione delle prestazioni qualificanti, una giusta ripartizione di tutti gli obblighi e oneri accessori di natura patrimoniale o a rilevanza anche solo indirettamente patrimoniale nell’ambito del rapporto negoziale, salvo che ciò non sia espressamente previsto dall’ordinamento, in termini generali o di disciplina di settore.

Quello che il giudice può e deve fare, invece, è prima di tutto, come si è detto, interpretare in via di prima approssimazione il contratto, in modo da comprendere i termini dell’operazione e così procedere alla qualificazione del contratto, ricostruendo, sulla base degli elementi probatori a disposizione, la causa concreta dello stesso.

Già in questo momento propedeutico il giudice, nel ricercare di ricostruire il “significato” dell’operazione, e, quindi, la volontà contrattuale reale e concreta delle parti, utilizzerà sincreticamente tutti i criteri interpretativi di cui agli artt. 1362 e ss. c.c. compresi gli analizzati artt. 1366 e 1369 c.c.

Ciò implica che, laddove non emerga in modo incontrovertibile la volontà comune delle parti in ordine ad un determinato significato di

una clausola, ma alcune di queste portino con se un'ambiguità, il giudice dovrà evidentemente combinare i criteri ermeneutici partendo dal presupposto assiologico, ma inevitabile, in conformità al principio di ragionevolezza di cui si è dato conto più sopra, che, salvo prova di diversa chiara volontà delle parti, il significato da attribuire ad una o più clausole sarà quello che garantisce la migliore compatibilità con la natura dell'operazione che le parti hanno inteso porre in essere, rispettando altresì, però, sia l'eventuale affidamento che, sempre ragionevolmente, una parte possa aver nutrito su un determinato significato, sia la necessità di attribuire ad una clausola, se possibile, un significato che ne consenta "l'esistenza" ai sensi dell'art. 1367 c.c. e che consenta eventualmente un equilibrio degli interessi in gioco.

Questo, nel caso in cui ad essere ambigue esclusivamente siano una o più clausole, già consente di mettere in luce un apporto di natura conformativa da parte del giudice, perché in caso di contestazione tra le soluzioni prospettate dalle parti, in termini, quindi, di estrema soggettività individuale, laddove una di queste soluzioni porti ad un significato che determinerebbe uno squilibrio eccessivo sotto il profilo economico, il giudice, posto che il carattere, appunto, "eccessivo" dello squilibrio è un elemento distonico sotto il profilo della ragionevolezza, accederà ad un significato "equilibrato" salva, in buona sostanza, la prova contraria che però dovrà emergere da elementi certi e che porterà al secondo "step".

Il secondo “step” del sindacato giudiziale, nel caso in cui una valutazione “equilibrata” non sia possibile perché quella determinata prestazione o serie di prestazioni sotto il profilo economico sono state proprio intese e volute dalle parti come determinanti uno squilibrio economico eccessivo il giudice dovrà chiedersi se ed in che misura questo squilibrio economico incida sulla stessa causa concreta del contratto ponendo, in primo luogo, dei problemi di compatibilità con la stessa tipologia di operazione che in concreto le parti hanno inteso porre in essere e/o, sotto altro profilo, se questo squilibrio sia o meno giustificato causalmente, ovvero, ancora, se sia in qualche modo dovuto e sia la conseguenza di una condizione di asimmetria, nel senso sopra detto, della parte “danneggiata”, analizzando anche la tipologia di prestazione, quindi, di diritto o obbligo che viene in esame, nell’ambito del rapporto contrattuale, come causa dello squilibrio, per comprendere se si tratti di un elemento caratterizzante l’operazione economica ovvero sia una prestazione o diritto/obbligo per così dire “accessorio”, ma comunque rilevante sul piano del complessivo equilibrio contrattuale e, quindi, sotto il profilo causale.

Si pensi, ad esempio, ad una vendita fatta non a prezzo simbolico, ma comunque a prezzo assolutamente fuori mercato ed eccessivamente inferiore al valore dell’immobile in una situazione nella quale entrambe le parti sono, idealmente, a conoscenza di tutti gli elementi idonei ad addivenire alla conclusione di un’operazione economica equilibrata.

L'eccessivo squilibrio, in un caso del genere, concerne le prestazioni qualificanti l'operazione e, anche se non può condurre ad una declaratoria di nullità per mancanza dell'oggetto (il corrispettivo), perché a tal fine occorrerebbe un prezzo meramente simbolico o nummo uno, d'altronde, non è, in prima battuta, causalmente giustificato perché anche solo sotto il profilo logico e assiologico come detto, le parti nei contratti onerosi ricercano il proprio massimo risultato economico nei limiti della massimizzazione reciproca, il che, se consente che le prestazioni non siano proporzionate, come sottolineato correttamente da dottrina e giurisprudenza, non consente di giustificare *tout court* delle operazioni economiche eccessivamente sperequate.

Allora il giudice dovrà valutare se quella giustificazione in concreto sia rinvenibile in un interesse parimenti economico di cui è titolare la parte apparentemente svantaggiata dal disequilibrio, interesse che può trovare soddisfazione in via indiretta o collegata nell'ambito dello stesso rapporto o in un rapporto diverso da quello specifico sottoposto all'esame processuale del giudice.

Ecco allora che quello svantaggio economico potrebbe essere recuperato *ab externo* consentendo di qualificare l'operazione non più come onerosa, ma come gratuita, perché il diritto di credito minorato, cui corrisponde il prezzo sproporzionato in difetto, è altrimenti giustificato causalmente nell'ottica della causa concreta dell'affare

complessivamente considerato, sicchè, di fatto, quello che appare uno squilibrio, in concreto non lo è.

Laddove, però, questa ricostruzione non sia possibile, perché in realtà tale interesse non sussiste, o anche semplicemente non sia stato possibile provarne l'esistenza, il contratto sotto il profilo causale concreto presenta uno squilibrio eccessivo e "qualificante" perché relativo alle prestazioni che vengono a connotare in modo dirimente proprio la causa concreta del contratto: pertanto, non potrà che ritenersi la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c. per mancanza di causa.

A fronte di ciò la domanda che ci si potrebbe porre è: il giudice ha un potere correttivo in un caso del genere?

Nell'esempio fatto se vi fosse una normativa dispositiva che disciplina il prezzo in questione e in concreto derogata in difetto dalle parti potrebbe trovare applicazione l'art. 1339 c.c. in combinato disposto con gli artt. 1419, comma 2, 1374 e 1375 c.c.

Ma se tale normativa (come normalmente accade) manca?

Nell'ambito di un processo caratterizzato dal principio dispositivo anche e in prima battuta con riguardo alle azioni esperite dalle parti in giudizio, ai sensi dell'art. 112 c.p.c., un potere correttivo di questo tipo sarebbe certamente da escludere d'ufficio se nessuna delle due parti ne chiedesse l'esercizio, perché evidentemente nessuna delle due ha l'interesse all'operazione "equilibrata".

Più complessa è la situazione se è una delle due parti a chiedere la riconduzione ad “equilibrio” (inteso, evidentemente, di mercato).

Preliminarmente, va considerato che il contratto nullo è inefficace e non è convalidabile, e non si verte in un caso di rescissione, dove il contratto è sì invalido, ma non è nullo.

E’ difficile superare questo ostacolo che non è solo formale, ma intrinsecamente logico-giuridico: il contratto nullo è *tanquam non esset ab origine*, sicchè si potrebbe ritenere non integrabile nemmeno giudiziariamente un negozio giuridico che non ha mai prodotto effetti.

Si consideri, d’altronde, che in questo caso non stiamo parlando di una clausola accessoria per la quale potrebbe valere l’art. 1419 comma 1 c.c., ma una prestazione “qualificante” tale per cui senza di essa le parti non avrebbero stipulato il contratto.

Ma laddove sia proprio il contraente beneficiato dallo svantaggio a richiedere (anche solo in via subordinata) la riconduzione ad equità del contratto mediante un giudizio sostanzialmente integrativo-sostitutivo da parte del giudice, il combinato disposto degli artt. 1374, 1375 e 1419, comma 1 c.c., potrebbe giustificare il mantenimento in essere del contratto con accertamento dell’obbligo in capo al contraente di corrispondere un prezzo in linea con i valori di mercato.

A fronte di una tale richiesta del resto la controparte difficilmente potrebbe ritenersi vantare un affidamento o un interesse giuridicamente rilevante ad opporsi alla riconduzione ad equilibrio del contratto, posto

che tale soluzione soddisfa pienamente proprio l'interesse che la parte si presume avesse al momento della stipula del contratto.

Ovviamente del tutto diverso è il caso in cui a richiedere la riconduzione ad equilibrio sia la parte svantaggiata: in questo caso, infatti, è evidente che l'altra parte, se non concorda (con una domanda giudiziale o una difesa puntuale al riguardo) è portatrice, fin dall'inizio, ovvero sin dal momento della stipula del contratto, di un interesse evidentemente opposto all'equilibrio del contratto.

E' bene chiarire questo passaggio logico del ragionamento.

Nel primo caso la riconduzione processuale ad equilibrio può essere ammessa perché essendo la parte avvantaggiata a richiedere la riconduzione ad equilibrio, di fatto viene a realizzarsi quella sintesi di interessi economici che avrebbe dovuto trovare realizzazione e conferma fin dall'inizio, nell'operazione negoziale posta in essere, e che, a causa dello squilibrio eccessivo delle prestazioni, non ha trovato concretizzazione.

Nel secondo caso, invece, poiché la parte avvantaggiata non accetta il contratto verrebbe a determinarsi un contratto imposto il che non è ammissibile nemmeno per il tramite dello strumento del principio di buona fede in termini di integrazione contrattuale.

Ne conseguirà, in tal caso, la declaratoria di nullità e l'eventuale condanna, se richiesta e sussistendone i presupposti, al risarcimento dei danni ex art. 1337 c.c.

Veniamo ora ad un'altra ipotesi.

Consideriamo il caso che la sproporzione concerna una clausola contenente una prestazione che potremo definire “accessoria” (può essere una prestazione non qualificante, es. una prestazione strumentale, caparra confirmatoria, multa penitenziale, clausola penale) che pur interpretata alla stregua dei criteri ermeneutici sopra ricordati e nell’ambito della causa concreta del contratto, risulta eccessiva.

Anche in questo caso, se il disequilibrio eccessivo nell’ambito dell’operazione, è tale da incidere sulla causa, nel senso sopra esposto (ad esempio perché rende del tutto insignificante il prezzo o comunque il corrispettivo posto a carico dell’altra parte) allora si ripropone lo stesso ragionamento più sopra svolto.

Ma laddove ciò non accada nel senso che si è semplicemente di fronte ad una sproporzione ingiustificata, ma non qualificante e, quindi, non incompatibile con il tipo di operazione contrattuale concreta voluto dalle parti, in questo caso, non è possibile discorrere di nullità per mancanza di causa.

D'altronde, il giudice può e deve verificare se l'introduzione di quella clausola che prevede un effetto sproporzionato a carico del contraente (si pensi ad una multa penitenziale eccessiva, ma anche ad una prestazione strumentale eccessivamente onerosa) abbia trovato una collocazione nel contratto in considerazione di una condizione di asimmetria anche solo informativa o esperienziale, nel senso sopra

ricordato, che non gli ha permesso di valutare adeguatamente i termini dell'operazione e le conseguenze effettuali della clausola in questione.

In questo caso, laddove, ad esempio, possa venire in esame la violazione di un obbligo informativo in capo ad una delle parti che ha determinato l'inserimento di una clausola eccessivamente gravosa per l'altra parte, le soluzioni possibili sono fondamentalmente due.

Da un lato, si può accedere (ma, come detto, giurisprudenza e dottrina prevalenti sono di intendimento contrario) alla tesi per cui la violazione del principio di buona fede *sub specie* della violazione dell'obbligo informativo viene comunque ad incidere in via parziale sulla causa del contratto rendendo parzialmente ingiustificata quella determinata clausola e, quindi, si può determinare una nullità parziale della clausola, se possibile anche solo limitatamente alla parte che determina la sproporzione censurata.

Dall'altro lato, laddove non si intenda accedere a tale soluzione è evidente, d'altronde, che a causa della violazione del suddetto obbligo di cooperazione *sub specie* di obbligo di informazione, il contraente "leso", che abbia altresì subito un danno potrà chiedere un risarcimento da lesione dell'interesse c.d. positivo ai sensi dell'art. 1440 c.c. ovvero, nel caso si tratti di una difesa nei confronti della parte che intenda azionare il diritto "eccessivo" emergente dalla clausola, potrà eccepire in giudizio l'eccessività, chiedendo, quindi, l'inoperatività della stessa *in parte qua*, cui corrisponde un provvedimento del giudice che

accerterà il minor diritto in capo al richiedente e ciò sempre mediante lo strumento della clausola di buona fede quale limite all'esercizio scorretto del diritto da parte del richiedente tutela.

Come si vede, quindi, tutti i principi ed istituti sopra esaminati entrano in gioco sincreticamente nell'ambito del processo, ma le soluzioni cui questo apporto sincretico può condurre non sono preventivabili perché l'apporto sia della causa in concreto che del principio di buona fede consentono di adottare una prospettiva rimediale le cui potenzialità devono ancora essere adeguatamente esplorate.