

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI
(1955-1968)

E DA

ALBERTO TRABUCCHI
(1968-1998)

DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI
ANTONIO GAMBARO NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO
VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

REDATTORE CAPO

VITTORIO COLUSSI



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
PADOVA

Pubbl. bimestrale - Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.a. - Sped. in abb. post. - D. L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

ANNO LV - N. 6

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

2009

ELENCO E PREZZI DEI PERIODICI «CEDAM» per il 2010

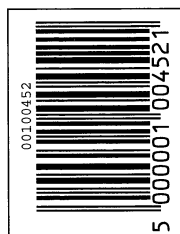
- 1) «ADL - Argomenti di diritto del lavoro» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 159,00, Estero € 187,00.
- 2) «Contratto e Impresa» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 181,00, Estero € 222,00.
- 3) «Contratto e Impresa/Europa» (semestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 113,00, Estero € 150,00.
- 4) «Diritto e Pratica Tributaria» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 276,00, Estero € 365,00.
- 5) «Diritto e Pratica Tributaria Internazionale» (quadrimestrale - solo on-line): prezzo di abbonamento € 93,00.
- 6) «Diritto e Società» (trimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 119,00, Estero € 159,00.
- 7) «Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 203,00, Estero € 255,00.
- 8) «Diritto penale XXI secolo» (semestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 71,00, Estero € 89,00.
- 9) «L'Indice Penale» (semestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 111,00, Estero € 138,00.
- 10) «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata» (mensile): prezzo di abbonamento per l'Italia € 214,00, Estero € 278,00.
- 11) «Le Nuove Leggi Civili Commentate» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 184,00, Estero € 254,00.
- 12) «Rivista di Diritto Civile» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 165,00, Estero € 212,00.
- 13) «Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale» (trimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 142,00, Estero € 190,00.
- 14) «Rivista di Diritto Processuale» (bimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 169,00, Estero € 199,00.
- 15) «Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia» (trimestrale): prezzo di abbonamento per l'Italia € 147,00, Estero € 195,00.
- 16) «Studium Iuris» (mensile): prezzo di abbonamento a 12 numeri per l'Italia € 144,00, Estero € 200,00.

Abbonamenti nelle migliori librerie, presso i nostri agenti e sul sito www.cedam.com

STAMPATO IN ITALIA

PROPRIETÀ LETTERARIA

PRINTED IN ITALY



€ 33,00

tema di prescrizione⁽⁹⁾. Ed al riguardo si sottolinea come l'elemento che accomuna le due discipline consiste nell'opportunità che il mantenimento di uno stato di fatto per un lungo periodo di tempo rappresenta una buona ragione per non modificarlo. Tuttavia, si aggiunge, non bisogna trascurare un'importante differenza, e cioè che nel caso della prescrizione di un diritto di credito, il debitore non ha creato né mantenuto una situazione di fatto contraria al diritto — come avviene nelle fattispecie di possesso (*adverse possession*) — ma si è limitato a tenere un comportamento omissivo, non pagando il proprio debito⁽¹⁰⁾.

In senso critico potrebbe osservarsi che, tenendo conto della diversa natura dei diritti in questione, il comportamento omissivo del debitore è equiparabile — sotto il profilo della contrarietà alla legge — al comportamento attivo del possessore, e addirittura che il contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico appare senz'altro più tenue nelle fattispecie di possesso di buona fede. Il confronto tra i due istituti suggerisce peraltro una diversa osservazione, e cioè che mentre la disciplina della prescrizione ha conosciuto in diversi Paesi europei significative riforme, tendenti ad adeguare l'antico istituto alle esigenze della società moderna, con il risultato di un abbreviamento — a volte radicale — dei termini di prescrizione⁽¹¹⁾, quella dell'usucapione non è stata oggetto di rilevanti innovazioni o modifiche.

Un'insufficiente attenzione per la problematica si riscontra, tra l'altro, nelle sedi di elaborazione dei progetti di codice civile europeo, coerentemente del resto al limitato interesse degli studi di diritto comparato in materia di usucapione.

La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo dovrebbe pertanto indurre i civilisti europei ad affrontare con vigore un tema tradizionale ma estremamente attuale e degno di regolamentazione uniforme, soprattutto alla luce dei frequenti investimenti immobiliari di cittadini europei nei diversi paesi dell'Unione. Il tempo, come è noto, trascorre in fretta... e ricordo il rammarico di un noto collega dell'Università di Zurigo, il quale dopo avere acquistato (da giovane assistente) un terreno in Sardegna, si rese conto di non essere più il proprietario quando (da professore ordinario) aveva deciso di costruire una casa per le sue vacanze.

SALVATORE PATTI

Prof ord. dell'Università di Roma
« La Sapienza »

⁽⁹⁾ E. WERLAUFF, *Compensation for Adverse Possession*, in *EBLR*, 2007, p. 335 ss.

⁽¹⁰⁾ Così WERLAUFF, *op. cit.*, p. 337.

⁽¹¹⁾ Ad esempio, in Germania, in occasione della riforma dello *Schuldrecht* (2002), il termine generale di prescrizione è stato ridotto da trenta a tre anni e in Francia — con la *Loi n. 2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile* — da trenta a cinque anni.

LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE NEL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Impostazione del problema: la questione se l'ingiustizia rilevi di per sé quale fattore invalidante del contratto. — 3. In generale: la giustizia contrattuale e l'art. 7:207 del DCFR. La norma echeggia la disciplina italiana dell'azione generale di rescissione per lesione. — 3.1. La derivazione dall'art. 4:109 dei PECL. — 3.2. In generale: i coelementi della fattispecie invalidante. — 3.3. In particolare: la *minora-zione* volitiva e le sue cause. — 3.4. La necessità della compresenza delle ulteriori note di cui alla lett. b) del comma 1°. — 4. Il raffronto con la disciplina italiana in materia di *contratto ingiusto* (rescissione ed incapacità naturale) mostra che l'art. 7:207, comma 1°, DCFR si caratterizza più per novità strutturali che sostanziali. — 5. L'eliminazione di qualsiasi riferimento ad una dimensione quantitativa della lesione, al contrario della disciplina italiana sulla rescissione (lesione *ultra dimidium*) e la sua sostituzione col riferimento all'*excessive benefit or grossly unfair advantage*. — 6. La richiesta al giudice di rielaborare il contenuto del contratto per condurlo ad equità (comma 2° e 3° dell'art. 7:207) e la *reductio ad aequitatem* dell'art. 1450 c.c. Conferme e novità. In particolare la *bilateralità* dell'iniziativa di richiesta per l'intervento *manipolativo* del giudice e l'ampliamento del ruolo di quest'ultimo. — 6.1. *Segue*: il giudizio di opportunità della ristrutturazione del contratto riservato al giudice. — 6.2. *Segue*: il passaggio dall'*offerta* alla *richiesta* di modifica e l'intervento del giudice in antagonismo all'autonomia privata; il riequilibrio del contratto sul modello astratto di equità. — 6.3. *Segue*: la non necessità della preesistenza del giudizio di annullamento del contratto per la richiesta di adattamento. — 6.4. *Segue*: il termine (implicito) di decadenza per la richiesta di adattamento. — 6.5. *Segue*: la richiesta di adattamento dell'autore dell'ingiustizia. — 7. La prescrizione dell'azione. — 8. La possibilità di convalida. — 9. La conferma dell'irrelevanza dell'ingiustizia del contratto derivante dal trattamento dell'*unfair exploitation* come *vizio del consenso*. — 10. L'irrelevanza di per sé dell'ingiustizia anche nella prospettiva dell'art. 1:102 che riconosce l'autonomia delle parti ai fini della determinazione del contenuto del contratto nei limiti del rispetto delle regole di buona fede e correttezza. — 11. *Segue*: e nella prospettiva — pur se al limitato effetto del risarcimento del danno — dell'art. 3:301 (*Negotiations contrary to good faith and fair dealing*). — 12. *Unfair terms* ed art. 9:407, comma 2°. Il diverso ruolo attribuito a buona fede e correttezza si giustifica in relazione alla condizione di *debolezza* del contraente che non ha partecipato in modo critico e volitivo alla formazione della regola. — 13. Conclusioni.

1. — *Giustizia contrattuale* è espressione che evoca l'aspirazione a contrattazioni caratterizzate da equilibrio nello scambio e contemporaneamente allude agli strumenti apprestati dall'ordinamento per garantire tale risultato. Allo stesso tempo, richiama alla mente il dilemma che ne è alla base, quello dell'atteggiamento che deve assumere l'ordinamento: *laico*, quale semplice

(*) Il saggio, corredato delle note, costituisce il testo della relazione svolta nel corso del convegno dal titolo « *Il Draft Common Frame Of Reference del diritto privato europeo, scelte di metodo, analisi testuale, risvolti pratici nella prospettiva della professione forense* » svoltosi a Roma il 23-24 settembre 2008 presso la sede del Consiglio Nazionale Forense.

garante del libero dispiegarsi delle *forze* (soprattutto economiche) che preesistono (alla) e dominano la contrattazione, senza necessità di preoccuparsi del risultato del loro incontro se non, eccezionalmente, quando una patologia affetti la libera determinazione del consenso, o sussista una specifica condizione di *debolezza* di uno dei soggetti della contrattazione; oppure *etico*, quale garante dell'equità, assunta a misura di valore assoluto, rilevante in sé e per sé e per questo autonomamente in grado di giustificare l'*intrusione* nella regola privata ai fini della sua *manipolazione* in funzione riequilibratrice, o di ripudio.

Se, in particolare, l'iniquità debba rilevare ai fini *invalidanti* del contratto quale semplice coelemento di una fattispecie complessa in unione ad altri fattori, predisponenti — quali una *minorazione* volitiva — o espressivi di una particolare intensità dell'ingiustizia — come il superamento di un limite quantitativo della lesione — o se invece possa giustificare di per sé la correzione, o il *ripudio* del contratto, senza il concorso di ulteriori note, è questione che, trovando la sua declinazione in una disciplina positiva, presuppone la soluzione di quel dilemma.

2. — Come si è avuto modo di dire ⁽¹⁾, sono sempre più numerose le opinioni secondo cui sarebbe dato osservare, nell'esperienza giuridica positiva italiana, un processo di costante e progressiva oggettivazione della tutela contro l'*ingiustizia* del contratto, la quale rileverebbe di per sé quale fattore invalidante, anche per il medio costituito dal principio di buona fede. I segnali si ricaverebbero dalla normativa in tema di tutela del consumatore (il *significativo squilibrio* di cui all'art. 33, comma 1°, *Codice del Consumo*), dalla disciplina della subfornitura (*l'eccessivo squilibrio* di cui all'art. 7 della l. 192/1998), dall'art. 1815, comma 2°, c.c. (ove l'*usurarietà*, causa di nullità, deriva da un semplice calcolo aritmetico), dall'art. 7 del d. legisl. 231/2002 (ove la nullità dipende dalla *grave iniquità* del patto) e così via.

Ma i casi sopra enunciati ed altri che pure potrebbero essere portati ad esempio di una particolare attenzione rivolta dall'ordinamento al problema (la disciplina della clausola penale eccessiva, la riduzione ad equità del contratto risolubile per eccessiva onerosità, etc.), non sono tali da poter giustificare l'affermazione dell'esistenza di un principio di carattere generale di rilevanza *ex se* dell'iniquità dello scambio e, dunque, non sono significativi dell'esistenza di una regola alla cui stregua l'*ingiustizia* della contrattazione rileva quale fattore *invalidante* del contratto, o anche solo per giustificare un intervento correttivo *ab externo*, antagonista rispetto all'autonomia privata. In tutti i casi di intervento dell'ordinamento sulla regola privata, la giustificazione va rintracciata nell'esistenza di una condizione di *debolezza* identificata, o

⁽¹⁾ Ci permettiamo di rinviare al nostro *L'ingiustizia del contratto*, Milano 2005, *passim*.

nel deficit partecipativo alla formazione della regola (tanto vero che nel caso dei contratti del consumatore non sono considerate *vessatorie* le clausole oggetto di trattativa individuale: art. 34, comma 4°, *Cod. Consumo*), o nella mancanza di alternative soddisfacenti (come nel caso della contrattazione col monopolista, o dei rapporti di subfornitura); altre volte si tratta di proteggere un interesse superindividuale attinente, ad esempio, alla regolarità del mercato, o della concorrenza.

Il vero test per la verifica dell'esistenza di un principio di rilevanza in sé dell'iniquità dello scambio è quello da condurre, invece, sulla disciplina dell'azione generale di rescissione per lesione (art. 1448, c.c.) che è suscettibile di un'applicazione generalizzata; il suo esito dimostra che l'iniquità non ha una autonoma rilevanza poiché è necessario — affinché si inneschi il meccanismo di reazione — che lo squilibrio si combini con altre note; in particolare, con quelle del bisogno, dell'approfittamento dell'altra parte e, soprattutto, della particolare entità della lesione (*ultra dimidium*) ⁽²⁾.

Sicché, è proprio la normativa sulla rescissione che rappresenta, a suo modo, una sorta di statuto dell'*approfittamento* ⁽³⁾ dal momento che, a contrario, indica sino a qual punto è possibile approfittare dell'altra parte negoziando condizioni inique ed è pertanto spia di un atteggiamento più *laico* che *etico* dell'ordinamento.

3. — Una situazione del genere si ripropone, a nostro parere, anche nel *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) ⁽⁴⁾; anche qui il test signi-

⁽²⁾ A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. d. civ.*, 2008, p. 625 ss.

⁽³⁾ F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli 1970, p. 56.

⁽⁴⁾ Il DCFR è stato 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 — in *Comm. (2003) 68, final* — 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. La sua struttura appare coerente con la funzione che gli si vuole attribuire; esso, infatti, si articola su *Principi fondamentali, Definizioni* ed infine *Model contract law rules*.

I primi, intesi nel possibile doppio significato di regole non aventi forza di legge, o di regole assimilabili alle nostre *clausole generali*; le seconde, funzionali allo sviluppo di una terminologia giuridica comune; le ultime, espressione di *soft law* assimilabili a quelle dei PECL (che costituiscono una fonte di ispirazione del DCFR) di cui si ha cura di sottolineare l'assenza di qualsiasi forza normativa. Con espressione icastica il DCFR è stato definito, pertanto, come una sorta di *cassetta degli attrezzi* da utilizzare secondo le necessità. Di conseguenza, finalità e struttura del DCFR sono molto distanti da quelli di un codice ed esso rappresenta solo un primo passo di un processo di più ampia portata che non è detto debba necessariamente approdare alla redazione di un codice europeo, seppur limitato alla sola materia contrattuale e delle obbligazioni. Ma anche così riduttivamente inteso, resta da verificare — e questo è uno degli aspetti più interessanti — se il DCFR tenga fede alla sua *missione* di facilitare per quanto possibile l'armonizzazione, o l'uniformazione, a partire dall'eliminazione di incertezze ed ambiguità nell'uso dei ter-

ficativo del modo come è affrontato il tema della *giustizia* contrattuale può essere condotto analizzando la disciplina dell'*Unfair exploitation* contenuta nel libro II, capitolo 7 (*Grounds of invalidity*), sezione 2 (*vitiated consent or intention*), art. 7:207, normativa che — come si vedrà — echeggia taluni aspetti della disciplina italiana sulla rescissione, non senza importanti differenze.

Secondo questa norma « (1) A party may avoid a contract if at the time of the conclusion of the contract:

a) *the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill;*

and

b) *the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage.*

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed.

(3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it ».

3.1. — La norma è di sostanziale derivazione dall'art. 4:109 dei *Principles of European Contract Law Part I and II* (PECL) ⁽⁵⁾ come conferma, dal punto di vista sostanziale, la (quasi) esatta sovrapposibilità delle due disposizioni e, dal punto di vista formale, *the Table of Destinations* di p. 53 del DCFR che sottolinea la derivazione dell'una dall'altra.

mini giuridici le quali sono all'origine — come si sa — di corrispondenti incertezze e difformità nella ricostruzione delle sembianze e dei confini operativi dei vari istituti; a questo riguardo l'analisi del DCFR rafforza il dubbio che, per taluni aspetti (come, ad esempio, il significato del vocabolo *fair*) sia vero quel che taluni sostengono nel senso che la varietà di significato dei termini assiologici « (...) *documenta l'aporìa di un linguaggio assiologico comune agli Stati dell'Unione europea* » (DI LUCIA, *La Carta dei diritti fondamentali di Nizza. Linguaggio assiologico e linguaggio deontico*, in <http://cfs.univ.it/pdl/nizza.pdf>). Per una approfondita ed esaustiva analisi del DCFR in rapporto anche alla sua funzione v. G. ALPA-G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Aquis Communautaire*, in questa *Rivista*, 2008, p. 141 ss.

⁽⁵⁾ Sui PECL in generale, nell'edizione di Lando e Beale del 1999, v. G. ALPA, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2000, II, p. 121 ss.

3.2. — Dal comma 1°, lett. a) e b) dell'art. 7:207 si trae conferma dell'irrelevanza, in sé e per sé, anche nella prospettiva del DCFR, dell'*ingiustizia* delle ragioni dello scambio poiché l'innescamento del meccanismo di tutela, consistente nella possibilità di invalidare il contratto (oltre che nel risarcimento del danno: art. 7:214, comma 1°), è subordinato alla compresenza di plurime condizioni, tutte necessariamente concorrenti e precisamente:

(a) una asimmetria di potere contrattuale indotta da una condizione di *minorazione* in cui si trova un contraente nei confronti dell'altro;

(b) la conoscenza da parte di quest'ultimo di tale stato di *minorazione*, e

(c) l'approfittamento da parte sua della situazione dell'altra parte, con

(d) il conseguimento di un beneficio eccessivo, o di un vantaggio gravemente iniquo.

3.3. — In ordine al requisito *sub (a)*, la condizione definita di *minorazione*, in grado di generare l'asimmetria di potere contrattuale, è integrata dai seguenti fatti, alternativamente:

(i) situazione di *dipendenza* di una parte nei confronti dell'altra;

(ii) esistenza di un rapporto di fiducia con l'altra parte;

(iii) difficoltà economica;

(iv) urgente necessità;

(v) imprevidenza;

(vi) ignoranza;

(vii) inesperienza;

(viii) difetto di capacità nelle contrattazioni.

Il filo conduttore che unifica tutte queste ipotesi è uno stato di diminuita capacità critica e volitiva che impedisce all'interessato di tutelare al meglio i propri interessi; stato che a sua volta può essere ricondotto a tre sostanziali gruppi di cause:

— ad un pregresso rapporto con l'altra parte (di dipendenza, o di fiducia);

— a condizioni esterne oggettive che inducono un bisogno (difficoltà economica, o urgente necessità);

— ad uno stato soggettivo (imprevidenza, ignoranza, inesperienza, difetto di capacità nelle contrattazioni).

Quanto al primo gruppo, il preesistente rapporto tra le parti viene in considerazione per la sua attitudine a produrre una minore capacità reattiva e valutativa a seguito del *metus*, o della *fiducia*; dipendenza e fiducia vanno pertanto considerate per il loro significato assiologico per cui, lungi dal potersi interpretare restrittivamente, l'una e l'altra vanno assunte in senso relativo, sicché la condizione potrà dirsi integrata in tutti i casi in cui preesista una qualsiasi relazione negoziale che determini una dipendenza psicologica, o che faccia sorgere un affidamento sulle qualità *morali* dell'altra parte, tale da de-

terminare un affievolimento della naturale *diffidenza* all'origine dell'accortezza necessaria nelle contrattazioni.

Quanto al secondo gruppo, esso si presta a ricomprendere situazioni di più ampia portata rispetto allo *stato di bisogno* cui fa riferimento l'art. 1448 c.c. e che appare echeggiato dal riferimento alla *economic distress*; viene infatti aggiunto il richiamo a *urgent needs*, che prescinde dal bisogno inteso come fattore strettamente economico e comprende anche quello necessario a soddisfare altre esigenze della vita, di stampo morale, o utilitaristico come, per esempio, l'acquisto di beni di consumo necessario, o di prima necessità, tipo un medicinale, oppure beni utili a soddisfare esigenze della vita professionale, o imprenditoriale, come per esempio l'acquisto di materie prime indispensabili al completamento di una commessa, e così via.

Infine, quanto al terzo gruppo, imprevidenza, ignoranza, inesperienza, o mancanza delle capacità necessarie per condurre una contrattazione, riflettono una condizione soggettiva di *debolezza* di una parte nei confronti dell'altra per la sua inettitudine ad introdursi, con piena consapevolezza del comportamento e degli effetti, nel traffico giuridico.

3.4. — Le condizioni innanzi descritte sono tuttavia inidonee, di per sé, ad innescare il meccanismo del *ripudio* del contratto senza la contemporanea presenza degli ulteriori requisiti posti dalla lett. *b*) per cui il contratto può essere invalidato solo se:

(i) l'altra parte conosceva, o vi erano ragionevoli motivi per ritenere che non potesse non conoscere lo stato di *minorazione* dell'altro contraente,

e

(ii) ha approfittato di tale situazione conseguendo un eccessivo beneficio, o un vantaggio gravemente iniquo.

4. — Complessivamente, questa parte della norma si caratterizza più per novità di struttura che di sostanza (anche se queste non mancano) nel confronto con la disciplina codicistica italiana che più vi si accosta e cioè quella dell'azione generale di rescissione per lesione (art. 1448 c.c.).

In particolare, il comma 1° costituisce una sostanziale fusione di elementi rintracciabili nella disciplina domestica della rescissione e dell'incapacità naturale, unificati a servizio di un sistema di *ripudio* di un contratto *ingiusto*.

Già l'elaborazione della dottrina⁽⁶⁾ e della giurisprudenza italiana⁽⁷⁾ aveva consentito di sganciare lo *stato di bisogno* evocato dall'art. 1448 c.c. dal necessario riferimento alla condizione di indigenza assoluta, giungendo ad identificarlo con la semplice difficoltà economica, o con una contingente

⁽⁶⁾ V. Rizzo, *Sulla nozione di stato di bisogno nella rescissione per lesione*, in *Rass. d. civ.*, 1980, p. 166 ss.

⁽⁷⁾ Cass. 28 maggio 2003, n. 888519, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 152; Cass. 19 agosto 1998, n. 8200, in *CED Cassazione*, RV 518188.

mancanza di liquidità costituente il concreto impulso alla conclusione del contratto svantaggioso. Senza dire che, secondo un'opinione⁽⁸⁾, lo stato di bisogno deve ritenersi sussistere, in via presuntiva, per il fatto stesso della conclusione in sé di un contratto oggettivamente *ingiusto*.

Pertanto l'*economic distress* è concetto sicuramente avvicicabile allo *stato di bisogno* così inteso.

Parallelamente, quanto all'approfittamento richiesto dall'art. 1448 c.c. per dar luogo alla rescissione, la giurisprudenza italiana è giunta a ritenere che non è richiesta da parte del contraente avvantaggiato un'attività diretta a promuovere, o sollecitare, la conclusione del contratto, essendo sufficiente che la consapevolezza della condizione di *minorazione* dell'altro abbia costituito la spinta psicologica a contrarre desumibile anche dal contegno passivo dell'altra parte, integrato e lumeggiato dalla realizzazione effettiva del vantaggio conseguito⁽⁹⁾.

Anche a questo proposito il riferimento effettuato dall'art. 7:207, comma 1°, alla necessità che l'approfittamento della situazione della controparte consista nel ricavare un profitto eccessivo, o un vantaggio smodatamente iniquo, non marca un'eccessiva distanza rispetto alle acquisizioni — sul punto — della nostra dottrina e giurisprudenza.

All'opposto, potrebbe essere considerato una novità il rilievo dato all'imprevidenza, all'ignoranza, all'inesperienza, o alla mancanza di capacità nel contrarre, quali fattori che, determinando una condizione soggettiva di *debolezza*, concorrono a giustificare la *rimozione* del contratto.

A ben vedere, però, un'assonanza con la nostra disciplina in materia di annullabilità del contratto per incapacità naturale può essere colta anche in questo caso.

L'impugnativa del contratto *ex art. 428 c.c.* potrebbe, infatti, manifestare la sua idoneità a dare risposta a taluno dei problemi che pone la questione della *giustizia* contrattuale ed in particolare a quello della protezione contro la lesione, se l'incapacità naturale viene considerata un fattore che non necessariamente esclude il consenso, ma lo vizia; se, in particolare, si aderisce all'opinione della dottrina⁽¹⁰⁾ e della prevalente giurisprudenza⁽¹¹⁾ secondo cui ciò che rileva *ex art. 428 c.c.* è (anche) l'incapacità intesa come inettitudine (psichica, o fisica) a comprendere il rapporto tra atto ed effetti e dunque a valutare seriamente il primo, è sufficiente ad invalidare quest'ultimo la mancanza di una volontà cosciente che non deve derivare necessariamente da un'alterazione patologica della psiche, bensì da un qualsiasi turbamento della sfera affettiva ed emozionale, come il deterioramento fisiologico legato all'età,

⁽⁸⁾ G. GUZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *R. d. comm.*, 1999, p. 119.

⁽⁹⁾ Cass. 6 dicembre 1988, n. 6630, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, 1622.

⁽¹⁰⁾ V. PIETROBON, voce *Incapacità naturale*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma 1989, 2.4 e 2.5.

⁽¹¹⁾ Cass. 28 marzo 2002, n. 4539, in *Vita not.*, 2002, p. 1105 ss.

gli stati passionali idonei a provocare disordine psichico, un tracollo economico, e così via.

Già da molti anni, del resto, nel quadro della riaffermata idoneità di qualsiasi stato emotivo, anche non riconducibile alle tipiche infermità mentali, a viziare l'atto per incapacità naturale, la giurisprudenza afferma che « (...) anche il bisogno di denaro, se può indurre il soggetto al compimento di atti pregiudizievoli rimediabile mediante l'esercizio dell'azione generale di rescissione, può produrre nel soggetto, in concomitanza con altri fattori o situazioni, un disordine psichico di intensità tale da privarlo, sia pure transitoriamente, della capacità di intendere e di volere »⁽¹²⁾.

Da questo punto di vista, le condizioni soggettive del terzo gruppo (imprevidenza, ignoranza, inesperienza, difetto di abilità nelle contrattazioni) potrebbero rappresentare un forma di avanzamento della tutela rispetto al livello di difesa, comunque, già oggi in parte conseguibile col rimedio dell'art. 428 c.c.

E questa conclusione non deve apparire singolare perché si è autorevolmente avvertito da tempo che incapacità naturale e rescissione operano su un piano di complementarità come strumenti alternativi, o sussidiari (e non reciprocamente escludentisi), nella reazione contro la lesione⁽¹³⁾.

Da questo punto di vista, pertanto, registriamo la novità introdotta dall'art. 7:207 più sul piano della architettura di una norma che unifica, fondendoli, taluni aspetti della disciplina domestica della rescissione e dell'impugnazione per incapacità naturale.

5. — Uno dei punti di maggior distacco dalla normativa italiana sulla rescissione ex art. 1448 c.c. si coglie, invece, nell'eliminazione di qualsiasi riferimento ad una dimensione quantitativa della lesione che sottrae al giudice ogni discrezionalità valutativa.

Il requisito dell'*ultra dimidium* è, infatti, qui sostituito dal riferimento all'*excessive benefit or grossly unfair advantage*.

Francamente, è difficile comprendere come i due concetti possano essere accostati; l'*excessività* è qualcosa di meno e di diverso rispetto alla *grave iniquità*, mentre invece *beneficio* e *vantaggio* possono considerarsi termini equivalenti; forse sarebbe stato più opportuno un riferimento unico alla *grave iniquità* del vantaggio conseguito.

La spiegazione è forse nel fatto che l'*excessività* esprime l'idea di un profitto inteso in senso assoluto ed al di fuori del ragionevole (ad es. vendita di un bene per un corrispettivo molto superiore al prezzo corrente di mercato), mentre la *grave iniquità* costituisce l'esito di un giudizio di comparazione tra termini del rapporto (prestazione e controprestazione).

⁽¹²⁾ Cass. 28 giugno 1968, n. 2037, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1799; Cass. 15 gennaio 2004, n. 515, in *D. lav.*, 2004, 2, p. 202.

⁽¹³⁾ P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, 1950, p. 65 e nota 144.

La norma conferma, comunque, che l'iniquità, non altrimenti qualificata, non è in grado di innescare il meccanismo del ripudio del contratto e la differenza rispetto alla disciplina della rescissione sta nel fatto che in quest'ultima il giudizio è più oggettivato (*ultra dimidium*); differenza alla quale la normativa italiana di origine *lato sensu* europea ci ha peraltro iniziato ad abituare come nel caso del *significativo squilibrio* dell'art. 33 *cod. cons.*, da cui dipende la conseguenza della vessatorietà della clausola nei contratti del consumatore, dell'*eccessivo squilibrio* dell'art. 9, l. 1998/192 da cui dipende il giudizio sull'abuso della dipendenza economica nel rapporto di subfornitura e della *grave iniquità* dell'art. 7, d. legisl. 231/2002 da cui dipende la nullità della clausola che disciplina gli accordi sulle condizioni di pagamento nelle transazioni commerciali.

6. — I commi 2° e 3° dell'art. 7:207 prevedono la possibilità di un intervento manipolativo del contratto frutto di *unfair exploitation* attribuendo al giudice la facoltà di rielaborarne il contenuto per renderlo conforme a quello che avrebbe dovuto avere se la sua conclusione avesse rispettato i principi di buona fede e di correttezza nelle contrattazioni.

Si tratta di un potere giudiziale certamente non nuovo per l'esperienza giuridica italiana che, sia nel contesto della disciplina della rescissione, sia a proposito della clausola penale e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, tramite la *reductio ad aequitatem* del contratto (o della clausola) *iniquo*, o che risulta squilibrato per fatti imprevedibili ed eccezionali, sopravvenuti alla sua conclusione (rispettivamente artt. 1450 c.c. — per la rescissione — art. 1384 c.c. — per la clausola penale — art. 1467, comma 3°, c.c. — per la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta), autorizza l'adattamento del contenuto del negozio, o della clausola, per renderlo conforme all'equità.

Rispetto alla *reductio ad aequitatem* prevista dalla disciplina sulla rescissione (art. 1450 c.c.), si registrano conferme e novità.

La conferma è che il potere del giudice di adattamento del contratto non è esercitabile *ex officio*, ma presuppone la specifica domanda della parte (*upon the request*, recitano tanto il secondo, quanto il comma 3° dell'art. 7:207); la tendenza, infatti, a conferire al giudice italiano un potere di intervento officioso, culminata con la sentenza delle sezioni unite della Cass. 13 settembre 2005, n. 18128⁽¹⁴⁾ che autorizza la riducibilità d'ufficio ad equità della clausola penale eccessiva, non è ancora approdata sul terreno della rescissione ove, come noto, da un lato, solo il contraente contro il quale sia proposta la relativa domanda è titolato ad evitarla « (...) offrendo una modifica-

⁽¹⁴⁾ In *F. it.*, 2005, I, c. 2985. A proposito di questa sentenza v. tra gli altri A. RICCIO, *È dunque venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contratto e impr.*, 2000, p. 95 ss. e U. PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2006, p. 187 ss.

zione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità » e, dall'altro, non è previsto in modo esplicito nemmeno l'intervento del giudice ⁽¹⁵⁾ al quale, peraltro, è riservato il solo compito di affermare, o negare, l'idoneità dell'offerta di *reductio* a ristabilire l'equilibrio delle prestazioni.

La novità sta invece nel fatto della *bilateralità* dell'iniziativa modificativa poiché il potere di richiedere l'*adattamento* del contratto è attribuito, oltre che al contraente responsabile dell'iniquità (comma 3°), anche alla sua *vittima* (comma 2°).

In questo modo il sistema appare più equilibrato rispetto a quello italiano per il quale il potere di riconduzione ad equità, configurabile come un diritto potestativo, è attribuito al solo contraente profittatore.

Anzi, proprio questo fatto e l'altro per cui al giudice è riconosciuto il solo ruolo di controllore dell'idoneità dell'offerta a ristabilire i termini dell'equilibrio, senza possibilità di un intervento modificatore dell'offerta, sono stati ritenuti elementi di una disciplina complessivamente sospettabile di incostituzionalità, sia per l'irragionevolezza del disegno di mantenere un contratto per arbitrio del profittatore, sia per la violazione del principio solidaristico dato che finisce per negare tutela allo sfruttato nel momento in cui la chiede, col vincolarlo ad un contratto del quale, seppur riequilibrato, poteva, comunque, avere interesse a liberarsi ⁽¹⁶⁾; come quando la *costrizione* indotta dal bisogno riguarda, prima ancora che il contenuto, l'opportunità stessa della stipula.

Sotto questo aspetto, l'ulteriore novità, da valutare favorevolmente, è l'ampliamento del ruolo del giudice.

Come già detto, nella disciplina domestica della rescissione il giudice è confinato in una dimensione di secondo piano, non solo perché non può assumere l'iniziativa modificativa, ma soprattutto perché non può determinare autoritativamente e discrezionalmente i termini dell'offerta di *reductio* la quale deve essere specifica e non generica, appunto per lasciare al giudice il solo compito di verificare la sua idoneità a ristabilire l'equilibrio delle prestazioni, senza possibilità di interventi modificativi autonomi ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1966, p. 1235.

⁽¹⁶⁾ L. CORSARO, voce *Rescissione*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XVI, Torino 1993, p. 644.

⁽¹⁷⁾ Sulla necessità che l'offerta sia specifica e non generica è attestata la dottrina maggioritaria — per la quale segnaliamo, tra gli altri, F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, p. 108 ss. e E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano 1973, p. 127 — e la giurisprudenza — per la quale segnaliamo Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, in *G. it.*, 1973, I, 1, c. 855 secondo cui « per il principio dispositivo che caratterizza il processo civile, la parte che domanda il provvedimento costitutivo di modificazione del contratto rescindibile deve determinare esattamente le modificazioni che intendono essere apportate ad una o più clausole del contratto ». Alcuni sviluppi della giurisprudenza (maturati nell'ambito della *reductio ad aequitatem ex art. 1467*, comma 3°, c.c. ma sicuramente utilizzabili anche ai fini che interessano) a tenore dei quali sarebbe possibile « (...) chiedere di rimettere al giudice la determinazione del contenuto delle

Questo ampliamento del potere giudiziale è svelato dall'inciso *if it is appropriate* riferito all'*an* dell'iniziativa di modifica del contratto; ciò innesta nel procedimento di adattamento del contenuto del negozio un elemento di significativa discrezionalità.

La previsione della facoltà del giudice di verificare, preliminarmente, il carattere *appropriato* della modifica, nel depotenziare l'automatismo del procedimento di *reductio ad aequitatem*, dato che riduce la richiesta della parte al ruolo di coelemento della fattispecie (ora basata sui due fattori della richiesta e della valutazione circa l'opportunità di darvi corso), allarga la base di esercizio del suo potere dato che può valutare se la modifica del contenuto del contratto è appropriata.

6.1. — Occorre capire, però, quando e perché la modifica è appropriata.

A nostro giudizio la valutazione non deve tenere conto dell'interesse della *vittima* del contratto *ingiusto* ad ottenerne la modifica conformemente ad un modello di equità, come avviene in nuovi e relativamente recenti modelli italiani di tutela come nel caso, per esempio, della *nullità di protezione* (art. 36 *cod. cons.*), laddove quest'ultima non può essere pronunciata contro l'interesse della parte alla cui protezione è finalizzata la previsione della nullità.

Infatti, poiché l'iniziativa di rielaborazione del contratto non può essere officiosa, ma presuppone la richiesta della parte interessata, già tale istanza incorpora una valutazione di convenienza ad ottenere la ristrutturazione del contratto in luogo del suo scioglimento.

Ma ciò è vero solo se la richiesta di *adattamento* proviene dalla parte svantaggiata (comma 2°).

Se invece proviene dall'autore dell'*ingiustizia*, il giudizio di opportunità

modifiche da apportare al contratto per ricondurlo ad equità » (Cass. 11 gennaio 1992, n. 247, in *G. it.*, 1993, I, 1, c. 2018), ovvero secondo cui « (...) qualora la parte dichiara di offrire (...) una determinata somma o quella maggiore o minore che si ritenga equa, (...) il giudice, se ritiene che la somma quantificata sia inidonea a far cessare l'eccessiva onerosità, deve necessariamente pronunciarsi integrando l'offerta sulla base degli elementi di giudizio già acquisiti al processo » (Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2564), non sono stati considerati eccezioni al principio del ruolo necessariamente non autonomo del giudice nello stabilire le modalità di riequilibrio del contratto da chi ha rilevato che tutte le volte che l'*offerente* si rimette al giudice, si è di fronte al metodo di una proposta il cui contenuto ed oggetto, salvo il limite della genericità, potrà essere determinato *per relationem* allo stato degli atti: così A. DI MAJO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad aequitatem*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 665. Sullo specifico argomento della *reductio ex art. 1450 c.c.* si veda, infine, Cass. 23 aprile 1994, n. 3891, in *CED Cassazione*, RV 486344 secondo cui « (...) l'offerta di *reductio ad aequitatem ad opera della parte contro la quale è chiesta una pronuncia di rescissione per lesione non richiede l'esatta indicazione delle clausole da modificare e dei limiti entro cui debbano essere modificate, potendo la parte anche rimettersi al giudice per la concreta individuazione delle modifiche, ma è pur sempre necessario al fine di impedire la pronuncia di rescissione che, ove manchi l'adesione del destinatario, l'offerta presenti un minimo di specificazione, onde consentire al giudice, sostituendosi alla parte, di valutarne l'adeguatezza* ».

della *ristrutturazione* dovrà annoverare, tra le sue componenti, anche la valutazione dell'interesse del contraente svantaggiato a rimanere vincolato ad un contratto *ingiusto* che potrebbe non volere, a prescindere dal suo contenuto eventualmente equo.

6.2. — L'ampliamento della base di intervento del giudice — ed è questa un'ulteriore novità rispetto alla disciplina domestica della rescissione — è apprezzabile anche a proposito delle modalità attraverso le quali adattare il contratto.

Il centro di gravità del fenomeno correttivo appare, infatti, spostato dalla parte al giudice.

Nel caso dell'art. 1450 c.c. si tratta di un'*offerta* che assolve, contemporaneamente, alla duplice funzione di precondizione di innesco del meccanismo correttivo e di delimitazione qualitativa e quantitativa della modifica (perché l'*offerta* deve essere specifica); nell'art. 7:207, commi 2° e 3°, al contrario, non si tratta di un'*offerta* che contiene già esplicitati i termini della modifica, ma più semplicemente della richiesta di adattamento del contratto, precondizione per l'intervento del giudice. È quest'ultimo che modifica il rapporto, filtrandone il nuovo contenuto attraverso i principi di *buona fede* e di *correttezza*.

Il che gli conferisce un ampio potere di intervento sul contratto, in antagonismo con l'autonomia privata e non in funzione solidale rispetto a questa.

Il frutto dell'autonomia privata (il contratto *ingiusto*) è, infatti, espunto e sostituito con altro dal contenuto del tutto nuovo che, in quanto ispirato ai principi astratti di *buona fede* e *correttezza*, può benissimo distaccarsi significativamente dal precedente, a tal punto da rendere il giudice autonomo nella costruzione del suo nuovo contenuto.

L'avanzamento rispetto a ciò che il diritto positivo italiano permetterebbe di realizzare è notevole.

Taluno ha individuato nell'art. 1371 c.c. (secondo il quale, se il contratto a titolo oneroso *rimanga oscuro* nonostante l'uso dei canoni ermeneutici, « (...) *deve essere inteso* (...) *nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti* ») la regola da cui ricavare « (...) *un criterio normativo* (l'equità nelle contrattazioni e quindi la giustizia del contratto: N.d.R.) *che dovrebbe essere posto alla base di tutta la regolamentazione contrattuale* » emergendo da essa l'esigenza « (...) *di considerare il contratto come lo strumento giusto* (...) *che realizzi una giustizia sostanziale nell'ambito delle parti contraenti e non semplicemente una giustizia formale* »⁽¹⁸⁾.

Senonché, questa norma non può certo autorizzare il giudice italiano a ricostruire il contratto secondo *equità* in modo del tutto scervo dal condizionamento costituito dal necessario riferimento al contenuto del contratto *oscuro* e quindi autonomamente rispetto ad esso; infatti, l'*oscurità* che consente di

⁽¹⁸⁾ C. DONISI, *Appunti di teoria dell'interpretazione, lezione decima*, 6, inedito; la citazione è tratta dal dattiloscritto.

plasmare secondo equità il nuovo contenuto del contratto, non può mai identificarsi con l'indecifrabilità assoluta della regolamentazione perché, allora, il contratto non potrebbe essere oggetto di interpretazione, bensì dichiarato nullo, dovendo l'imperscrutabilità della volontà assimilarsi alla sua mancanza⁽¹⁹⁾.

Ma questo *minimum* di decifrabilità necessaria del contenuto contrattuale, se da un lato costituisce la precondizione per l'intervento *manipolativo* del giudice, dall'altro impronta le modalità dell'*equo temperamento* che non potrà avvenire prescindendo dalle linee programmatiche fissate dalle parti e rinvenibili in quel *minimum*; sicché la *costruzione* da parte del giudice del nuovo contratto, seppur ispirato ai principi di *equità*, non potrà avvenire discostandosi da ciò che risulta nella regola privata e non potrà non rispettare il programma divisato dai contraenti. Con l'ulteriore conclusione che l'*equità* che giustifica *ex art.* 1371 c.c. la costruzione giudiziale del contenuto del contratto, non è eversiva, bensì rispettosa della programmazione attuata dalle parti all'interno della quale ordina, bilanciandoli, l'*equo temperamento* degli interessi; per cui la *nuova regola*, da un lato, non potrà mai essere frutto di una valutazione astratta da parte del giudice svincolata dall'assetto dato dalle parti in concreto ai loro interessi⁽²⁰⁾, dall'altro non è nemmeno idonea a risolvere eventuali problemi di *giustizia* del contratto perché, se l'originario disegno risultasse squilibrato, attraverso di essa se ne realizzerebbe una sostanziale conferma⁽²¹⁾.

Questo essendo il limite del giudice italiano nella costruzione della *nuova regola*, l'art. 7:207, commi 2° e 3°, cit. prefigura, al contrario, una condizione di sostanziale libertà del suo omologo nel realizzare l'adattamento del contratto squilibrato.

Ciò si ricava dal fatto che il modello di riferimento per la costruzione della nuova regola non necessariamente è il concreto programma negoziale da ricondurre ad equità, ma quello astratto ricavabile da una contrattazione improntata a *good faith* e *fair dealing*; un modello teorico nella cui costruzione il giudice non risulta vincolato nemmeno dall'*offerta*, nella specie — come visto — sostituita dalla richiesta.

⁽¹⁹⁾ V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli 1985, p. 476; sul punto v. anche F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 306 e 307. Sul l'art. 1371 c.c. generalmente ritenuta norma di marginale rilievo e puramente sussidiaria, v. tra gli altri M. BESSONE-E. ROPPO, *Equità interpretativa ed economia del contratto. Osservazioni sull'art. 1371 del codice civile*, in *G. it.*, 1974, I, c. 251 ss. e G. ALPA-G. FONSI-E. RESTA (a cura di), *L'interpretazione del contratto, orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano 2001, 199 e 200.

⁽²⁰⁾ « (...) *dalla norma emerge chiaramente come il limite di operatività di un intervento giudiziale debba in ogni caso rispettare l'assetto di interessi delle parti* »: così F. BORTONI, *Clasole generali e rimedi conservativi del contratto*, Macerata 2007, p. 273.

⁽²¹⁾ Per ulteriori riferimenti sul punto ci permettiamo di rinviare al nostro *L'ingiustizia del contratto* cit., p. 108 ss. nonché alla recente monografia di F. BORTONI, *Clasole generali e rimedi conservativi del contratto*, cit., p. 266 ss.

È questo il motivo per cui riteniamo che l'intervento giudiziale si propone, nella specie, come antagonista rispetto all'autonomia privata più di quanto non sia nella legislazione italiana.

6.3. — Ulteriore novità si coglie a proposito della modalità di esercizio della facoltà di chiedere l'adattamento del contratto da parte della *vittima* dell'approfittamento.

Secondo la disciplina *domestica* in tema di rescissione, la relativa iniziativa presuppone che sia stata incardinata la domanda giudiziale, come è reso palese dall'art. 1450 c.c. secondo cui « (...) *Il contraente contro il quale è stata domandata la rescissione può evitarla offrendo (...)* »⁽²²⁾.

Il comma 2° dell'art. 7:207 cit. non fa invece espressa menzione della necessaria preesistenza di una domanda giudiziale volta ad ottenere lo scioglimento del contratto, perché autorizza il giudice ad intervenire sulla base della semplice richiesta della parte che sarebbe legittimata all'azione.

Ma questo non toglie — secondo noi — che il giudice sia tenuto a verificare preventivamente la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento, in astratto, di una domanda di scioglimento del contratto per *unfair exploitation* dal momento che il suo potere di modifica del contenuto del negozio in tanto esiste, in quanto sussistano i presupposti di cui alle lettere *a*) e *b*) del comma 1° dell'art. 7:207 cit.; indagine che, peraltro, egli sarebbe comunque costretto ad effettuare se l'altra parte, costituendosi nel giudizio avente ad oggetto la modifica dei termini del contratto, contestasse la sussistenza dei presupposti che giustificano l'intervento del giudice e cioè l'*unfair exploitation*.

In conclusione, mentre secondo l'art. 1450 c.c. l'offerta di *reductio ad aequitatem* è sempre materia di domanda riconvenzionale del convenuto in rescissione, qui la richiesta di un intervento del giudice ai fini adeguativi del contenuto del contratto può costituire, così materia di domanda riconvenzionale del convenuto in un giudizio nel quale sia chiesto lo scioglimento del contratto, come oggetto di domanda principale.

6.4. — Sempre a proposito dell'iniziativa della parte vittima dell'approfittamento, l'art. 7:207 cit. non lo dice chiaramente, ma sottintende un termine di decadenza per l'esercizio di questa facoltà; termine non stabilito in via assoluta dal momento che esso è quello stesso entro cui, in alternativa, la parte potrebbe chiedere lo scioglimento del contratto.

Se l'art. 7:209, intitolato *Notice of avoidance* prevede, infatti, che l'annullamento presuppone un *avviso* da dare all'altra parte, il successivo art. 7:210 intitolato *Time*, soggiunge che tale avviso (e con esso la domanda di

⁽²²⁾ Conclusione non contraddetta dalla possibilità — riconosciuta dalla giurisprudenza (Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1886) — di effettuare l'offerta di modifica anche stragiudizialmente; in questo caso, si tratta più esattamente, infatti, di una proposta contrattuale di modifica dell'originario contratto che in tal caso viene variato consensualmente.

scioglimento) non produce effetto se non è dato entro un termine ragionevole a partire dal momento in cui la parte interessata ha avuto conoscenza, o poteva ragionevolmente averla, dei fatti rilevanti ai fini dell'azione, ovvero è divenuta capace di agire liberamente.

Poiché la prima parte del comma 2° dell'art. 7:207 cit. attribuisce la facoltà di richiedere l'adattamento giudiziale del contratto al soggetto legittimato a domandarne, in alternativa, lo scioglimento (*the party entitled to avoidance*), è evidente che non è legittimata a chiedere l'intervento del giudice la parte che, in astratto, è decaduta dal diritto di chiedere lo scioglimento per il decorso del termine entro cui effettuare la comunicazione prevista dall'art. 7:210 cit.

Il che non significa, però, che l'avviso è condizione per la richiesta di intervento giudiziale adattativo, ma solo che tale richiesta va effettuata entro il termine massimo utile per chiedere lo scioglimento.

La *decadenza* dal diritto di chiedere l'*adattamento* del contratto è, però, compensata, dalla conservazione, in ogni caso, del diritto al risarcimento del danno.

Prevede infatti l'art. 7:214 (*Damages for loss*), nel comma 1°, che « *La parte che ha il diritto di impugnare il contratto in conformità alle regole di questa Sezione (o che aveva tale diritto prima di perderlo per effetto della decadenza del tempo o della convalida) ha titolo, a prescindere dall'impugnativa del contratto, ai danni a carico dell'altra parte per ogni perdita sofferta a seguito (...) dello sfruttamento iniquo, a condizione che l'altra parte conoscesse o era ragionevolmente in grado di conoscere la ragione dell'impugnativa* ».

6.5. — Simmetricamente alla richiesta di adattamento del contratto da parte della *vittima* dell'ingiustizia, uguale richiesta può essere avanzata dalla controparte e cioè dall'autore dell'ingiustizia.

La sua legittimazione al riguardo è però condizionata alla ricorrenza di tre presupposti:

(a) che abbia preventivamente ricevuto l'avviso di cui all'art. 7:209 da parte del contraente che intende chiedere lo scioglimento del contratto;

(b) che informi quest'ultimo, dopo aver ricevuto l'avviso e senza eccessivo ritardo, della sua volontà in tal senso;

(c) che tutto ciò avvenga prima che il contraente *vittima* dell'ingiustizia abbia — dopo la comunicazione — agito in giudizio.

7. — Correlato all'argomento della decadenza, è quello della *prescrizione* dell'azione che, secondo la disciplina italiana della rescissione, è di un anno dalla conclusione del contratto, a meno che il fatto non costituisca reato (art. 1449 c.c.).

Premesso che non trova applicazione la normativa sulla prescrizione prevista dagli artt. 7:101 segg. del libro III, capitolo 7, sezione 1, in quanto que-

st'ultimi sono riferiti al *right to performance of an obligation*, il termine di prescrizione è quello da giudicarsi ragionevole avuto riguardo alle circostanze (*reasonable time, with due regard to the circumstances*: art. 7:210 cit.).

Anche in questo caso è dato riscontrare il riferimento ad una ampia discrezionalità valutativa del giudice.

8. — Una significativa novità rispetto alla disciplina italiana della rescissione è rappresentata dalla possibilità di *convalida* (*confirmation*) del contratto che realizzi l'*unfair exploitation* e ciò ai sensi dell'art. 7:211 a differenza dell'art. 1451 c.c. che l'esclude.

La convalida, espressa, o tacita, impedisce lo scioglimento del contratto e può essere realizzata solo dopo che sia iniziato a decorrere il periodo di tempo entro cui può essere effettuata la comunicazione di volersi sciogliere dal contratto iniquo e, cioè, a partire dal momento in cui la parte interessata ha avuto conoscenza, o poteva ragionevolmente averla, dei fatti rilevanti ai fini dell'azione, ovvero è divenuta capace di agire liberamente.

Singolare è, peraltro, il fatto che se la convalida preclude l'azione per l'annullamento del contratto, non fa venir meno il diritto al risarcimento dei danni subiti a causa del contratto *ingiusto*; ciò, secondo quanto previsto dall'art. 7:214, comma 1°, sopra esaminato (§ 6.4).

9. — La disciplina così sommariamente esposta conferma le osservazioni di apertura circa il fatto che l'*ingiustizia* del contratto non rileva di per sé quale fattore che può determinarne l'invalidità, nemmeno nel DCFR.

La conclusione, autorizzata dal fatto che l'*ingiustizia* si deve combinare, pena l'irrelevanza, con le note descritte nelle lettere *a*) e *b*) dell'art. 7:207, comma 1°, cit., esce ulteriormente confermata dall'inserimento dell'*Unfair Exploitation* nella sezione dedicata a *Vitiated consent or intention* e dalla sua parificazione ad un vizio del volere, sullo stesso piano di *mistake of fact or law* (art. 7:201), *fraud* (art. 7:205) e *coercion or threats* (art. 7:206), fattori che, quali *grounds of invalidity* (rubrica della sezione 1 del capitolo 7), giustificano l'annullamento del negozio; parificazione resa ancora più evidente dall'applicabilità, anche al contratto viziato da *unfair exploitation*, del rimedio generale della convalida.

Va aggiunto che la disciplina dell'*unfair exploitation* si applica a tutti i contratti senza distinzione (art. 7:101, lett. *c*), mentre la disciplina italiana della rescissione esclude dal suo raggio operativo i contratti aleatori (art. 1448, comma 4°, c.c.).

Tutto ciò, nel confermare il trattamento dell'*unfair exploitation* alla stregua di un vizio del volere, permette di superare le obiezioni che la dottrina italiana è solita formulare quando si classifica la rescissione come rimedio ad un vizio del consenso, identificato nel bisogno che altera il processo volitivo (o nel pericolo: art. 1147 c.c.); obiezioni consistenti nell'addurre, da un lato, la non rescindibilità dei contratti aleatori (nonostante che anche per essi si pro-

ponga la stessa condizione di ipotetica minorazione volitiva) e, dall'altro, l'inammissibilità della convalida (che è invece generalmente applicabile ai contratti annullabili per vizio del consenso).

Ma se è vero che la materia va ricondotta ai vizi del consenso, se ne ha la conferma ulteriore dell'irrelevanza in sé dell'*ingiustizia* del contratto quale autonomo fattore invalidante, posto che essa viene in considerazione non *ex se*, bensì quale prodotto della *minorazione volitiva* indotta da un pregresso rapporto con l'altra parte (di dipendenza, o di fiducia), da condizioni esterne oggettive che inducono un bisogno (difficoltà economica, o urgente necessità), o da una condizione soggettiva di imprevidenza, ignoranza, inesperienza, o difetto di capacità nelle contrattazioni.

Dunque, la *giustizia del contratto* non rappresenta un valore in sé.

10. — Valutazione, questa, che è possibile ribadire anche dopo l'analisi di altre norme sparse nel DCFR, ipoteticamente richiamabili nel discorso che si va svolgendo.

Nel libro II, capitolo 1 — *General provisions* — la norma dell'art. 1:102, intitolata *Party autonomy*, avvisa, al comma 1°, che l'autonomia privata si declina anche come possibilità di determinare il contenuto del contratto « (...) in conformità alle regole di buona fede e correttezza (...) ».

Partendo dalla premessa che il contratto *ingiusto* è la quint'essenza della violazione di buona fede e correttezza, si potrebbe sostenere che l'*ingiustizia* è in grado di determinare da sé sola — senza necessità della compresenza di ulteriori note — il *ripudio* della regola negoziale, nel senso che è la stessa espressione dell'*autonomia privata* a non essere riconosciuta dall'ordinamento oltre la *dead line* della buona fede e correttezza; si tratterebbe, cioè, dell'*inconfigurabilità* oltre quel limite di una regola privata in grado di ricevere sanzione giuridica.

Ma l'osservazione non è convincente perché la norma è inserita nel contesto di principi di carattere generale destinati ad essere declinati in modo specifico e concreto nel prosieguo della disciplina ed a seconda dei vari contesti.

Cosicché, anche ad ammettere che nel caso dell'*unfair exploitation* il meccanismo di reazione è innescato dalla violazione di buona fede e correttezza, gli effetti sono quelli innanzi commentati; con la non irrilevante conseguenza che — se così si ragionasse — la possibilità della convalida del contratto *ingiusto* sta a significare che buona fede e correttezza non corrispondono nemmeno, nello specifico, a principi inderogabili di ordine pubblico perché se ne ammette la disponibilità anche se solo per iniziativa del soggetto leso il quale, tramite la convalida, contribuisce ad immettere nel traffico giuridico un contratto non in linea con la buona fede ed espressione di scorrettezza.

11. — Sempre nel libro II, capitolo 3 (*Marketing and pre-Contractual duties*), sezione 3, intitolata *Trattative ed obblighi di segreto*, la norma del-

l'art. 3:301 impone, nel comma 2°, la conduzione delle trattative in conformità a buona fede e correttezza avvertendo, nel comma 3°, che la violazione di questo dovere è fonte di responsabilità « (...) per ogni perdita causata all'altra parte (...) ».

Una violazione degli obblighi precontrattuali di buona fede e correttezza è sicuramente ravvisabile nella formazione di un contratto *ingiusto* e nessuna norma del DCFR esclude che il diritto al risarcimento del danno possa essere azionato ex art. 3:301, comma 3° cit. se il contratto, frutto dell'illegittima trattativa, sia stato nel frattempo stipulato.

Dunque, si potrebbe sostenere che anche in questo caso l'*ingiustizia* è in grado di rilevare di per sé sola, a prescindere dal concorso di ulteriori note, se non altro sotto specie di fonte di un obbligo risarcitorio.

Ma anche questa opinione si rivelerebbe inadeguata.

Infatti, la disciplina del risarcimento del danno nel caso di un contratto *ingiusto* è specificamente dettata dall'art. 7:214, comma 1°, per il quale — come si è già visto — il diritto può essere esercitato solo dal contraente che avrebbe titolo ad ottenere l'annullamento; sicché, il giudice chiamato a decidere della spettanza del risarcimento, non potrebbe non verificare, preliminarmente, l'esistenza delle condizioni che legittimerebbero lo scioglimento del vincolo e dunque i presupposti operativi dell'*unfair exploitation*; il che significa che anche il diritto al risarcimento del danno è legato in questo caso alla sussistenza dei presupposti che giustificano l'annullamento del contratto per *unfair exploitation*.

12. — Né, infine, può essere richiamato, per dare rilevanza all'*ingiustizia* in sé del contratto, il ruolo che a buona fede e correttezza assegna la disciplina in tema di *Unfair terms* di cui agli artt. 9:401 a 9:411.

In particolare gli artt. 9:404, 9:405, 9:406 specificano il concetto di *Unfair* nei contratti, rispettivamente, stipulati tra *business* e *consumer, non-business parties* e tra *businesses parties*, prevedendo che i *significantly disadvantages* a carico del consumatore, nel primo caso, o dell'altra parte nel secondo ed infine la notevole devianza *from good commercial practice* nel terzo, appaiano comunque contrari a buona fede e correttezza.

Tuttavia queste norme trovano applicazione per le clausole *not individually negotiated* e perciò si tratta di disciplina di settore a differenza di quella relativa all'*Unfair exploitation* che, di applicazione generale, non distingue i soggetti del rapporto a seconda della loro appartenenza alla categoria dei consumatori, o dei professionisti/imprenditori e che non fa dipendere da ciò alcuna significativa divergenza nell'applicazione della disciplina generale.

Disciplina di settore che trova la sua speciale giustificazione nell'esigenza di protezione da accordare alla condizione di *debolezza* del contraente che non è in grado, per l'asimmetria di potere contrattuale che caratterizza la sua posizione, di partecipare in modo critico e volitivo alla formazione della rego-

la negoziale e che non impedisce, tuttavia di prevedere che, per le clausole redatte in *plain and intelligible language*, l'*Unfairness test* possa estendersi all'adeguatezza del prezzo da pagare (art.9:407, comma 2°).

13. — Da tutto ciò esce, dunque, rafforzata la conclusione che si è avuto modo di anticipare secondo la quale il contratto equo o *giusto* — inteso come quello contrassegnato da un equilibrio delle prestazioni — non rappresenta un valore in sé da tutelare con interventi di manipolazione della regola privata finalizzati a riequilibrarla se non quando lo squilibrio dipenda da una patologia del volere, o da una particolare condizione di debolezza di uno dei due contraenti.

Del resto, quello del *minimo intervento* sul contratto è uno degli obiettivi dichiarati degli autori del DCFR ⁽²³⁾, nella convinzione che *freedom of contract without more, leads to justice*; infatti, *if (...) the parties to a contract are fully informed and in an equal bargaining position when concluding it, the contents of their agreement can be presumed to be in their interest and thus just* ⁽²⁴⁾.

UBALDO PERFETTI

Prof. straord. dell'Università di Macerata

⁽²³⁾ Introduction, § 25, 14.

⁽²⁴⁾ Ivi loc. cit.