



Dipartimento di GIURISPRUDENZA Cattedra DIRITTO CIVILE

TITOLO

“Autonomia contrattuale e discrezionalità del giudice”

RELATORE

PROF.SSA TERESA PASQUINO

CANDIDATO
SALAVATORE
IANNICELLI
MATR.105433

CORRELATORE

PROF.ROSELLA BORGIA

Titolo Tesi

“Autonomia contrattuale e discrezionalità del giudice”

Indice

Introduzione

CAPITOLO I°

L'autonomia contrattuale e la sua evoluzione alla luce del diritto privato europeo.

1. Fondamento costituzionale ed evoluzione storica.
2. Definizione giuridica.
3. Il ruolo della volontà nel contratto e la formazione dell'accordo fra le parti.
4. Il regolamento contrattuale.
5. Contratto incompleto e accordo sufficiente nel diritto privato europeo quali spazi di ampliamento della discrezionalità del giudice.

CAPITOLO II°

I limiti dell'autonomia privata e la rilevanza del principio di equilibrio contrattuale.

1. I limiti all'autonomia privata.
 - 1.1. Il contratto in serie.
 - 1.2. L'obbligo a contrarre ed il contratto unilaterale.
 - 1.3. Il contratto imposto.
2. Il principio di equilibrio contrattuale come limite all'autonomia privata.
3. L'intervento del giudice in caso di squilibrio contrattuale.
4. L'intervento delle parti in caso di squilibrio contrattuale alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale.

CAPITOLO III°

L'interpretazione e l'integrazione del contratto operate dal giudice.

1. La distinzione tra interpretazione ed integrazione del contratto.
2. Le regole dell'interpretazione contrattuale.

3. Le fonti dell'integrazione del contratto e le teorie tradizionali.
4. L'equità integrativa.
 - 4.1. La riconduzione ad equità del contratto rescindibile.
 - 4.2. La rinegoziazione dei contratti di durata e la clausola di *hardship*.
 - 4.3. L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione.
5. Il principio di proporzionalità.

CAPITOLO IV°

La discrezionalità del giudice nella correzione giudiziale del contratto.

1. Il superamento della teoria della intangibilità contrattuale.
2. Il potere correttivo del giudice e l'equità correttiva.
3. L'equità correttiva e la buona fede.
4. Il contratto iniquo.
5. I rimedi esperibili a fronte di uno squilibrio contrattuale
6. I casi di riducibilità della penale manifestamente eccessiva.

Conclusioni

Bibliografia

INTRODUZIONE

L'autonomia contrattuale, espressione del potere riconosciuto alle parti contraenti di determinare e regolamentare il contenuto del contratto stipulato, rappresenta un vero e proprio "*dilemma*" della democrazia liberale, la quale, ha come fine principale, quello di promuovere e proteggere tutti i diritti e le libertà individuali. Con la presente ricerca, si è cercato di porre delle soluzioni a tale dilemma. Innanzitutto, ci si è domandato se l'autonomia contrattuale è una libertà individuale e diritto fondamentale della persona avente valore costituzionale e se, tale libertà, deve essere considerata assoluta o limitata. Queste domande hanno fatto emergere una dimensione dialettica del concetto di autonomia contrattuale, che ha condotto a definire l'autonomia stessa non come un potere assoluto, bensì una libertà limitata. Limiti che l'ordinamento giuridico ha previsto al fine di impedire che, l'esercizio della libertà contrattuale da parte di un soggetto privato non diventi un pericolo per l'autonomia altrui. Una volta affermato il principio secondo cui, l'autonomia contrattuale è una libertà limitata, ci si è chiesto quali sono le conseguenze derivanti dal superamento e dalla violazione degli stessi limiti imposti dall'ordinamento giuridico all'autonomia contrattuale dei privati e se, in questi casi, può essere ammesso un intervento del giudice e delle parti contraenti stesse, finalizzato a porre un rimedio alla ingiustizia ed alle gravi iniquità contrattuali derivanti, appunto, dalla violazione dei limiti dell'autonomia contrattuale. Nell'inevitabile attività ermeneutica condotta, una specifica discrezionalità giudiziale viene sicuramente ammessa e questo ci spinge a considerare le pattuizioni concordate dai contraenti non più come nucleo essenziale del contratto, ma come porzione di un più ampio regolamento sul quale il giudice esercita proprio il potere di intervento e di correzione. Tale potere si concreta nell'uso di strumenti idonei a incidere sulla singola situazione giuridica, come i concetti-valvola costituiti dalle clausole generali, in primis la buona fede, quale principio normativo regolatore della relazione contrattuale e l'equità intesa sia come criterio di integrazione del contratto, sia come criterio di correzione degli effetti del contratto predisposti dalle parti che, tuttavia, risultano concretamente ingiusti. Vale fin da adesso precisare come la buona fede assume sia il ruolo di principio, ovvero di direttrice generale di correttezza, sia quello di clausola che demanda al giudice l'individuazione della regola applicabile alla fattispecie concreta. Ammesso che il regolamento contrattuale, può formare oggetto di integrazione e correzione attraverso l'uso

di fonti sia autonome che eteronome, si è passato ad esaminare il concetto di giustizia contrattuale, alla quale non può essere data una definizione univoca, perché evoca un complesso di significati, di carattere etico, ma anche ideologico, economico e non ultimo sociale, che ne hanno reso spesso l'impiego ambiguo, ma soprattutto hanno condotto ad una sua controversa configurazione giuridica. La sua articolazione sfugge infatti ad una precisa catalogazione. Essa può operare come criterio guida dell'esegesi del contratto demandata al giudice, ovvero come elemento che entra nel contratto, o perché incide sull'oggetto dello scambio, ovvero perché interferisce sulla volontà dei contraenti, o come parametro di controllo esterno, desunto o da valori etici di solidarietà e giustizia intesi come fattori di temperamento nella contrapposizione fra vincolo contrattuale e salvaguardia di interessi indeclinabili, ovvero economici, perché tratti dal mercato. A ragione della difficile, anzi impossibile, mediazione fra questo ventaglio di implicazioni, non si è potuta costruire dunque una nozione generale descrittiva di giustizia contrattuale. Per questo motivo, con la presente ricerca, viene richiamato il principio di equilibrio contrattuale. Si può infatti affermare che l'istituto dell'equilibrio contrattuale, inteso in senso sia oggettivo che soggettivo, tende a preservare un assetto di rapporti equi, e quindi in definitiva a garantire un contratto giusto. La giustizia, in qualunque senso sia intesa, mira in sostanza a tale fine. Essa infatti, garantisce il giusto valore di scambio nel contratto sinallagmatico, e in questa chiave tende a rendere oggettivo il rapporto contrattuale. Se la identifichiamo in senso procedurale, consente l'ingresso a possibili interventi predisposti dal legislatore tesi ad incidere sulla fase di formazione del contratto, evitando il nascere stesso di eccessivi squilibri di diritti e obblighi. E in quest'ultimo senso, nella più recente legislazione, la giustizia contrattuale, mira ad assicurare l'equilibrio fra le prestazioni, garantendone la congruità, attraverso un assetto normativo che tutela il contraente debole, neutralizzando le clausole contrattuali originate dalla supremazia della controparte. In conclusione, nel nuovo scenario normativo delineato nel diritto vivente, il problema del contratto giusto ha rappresentato il fulcro di un'attenzione sempre più avvertita, e la giustizia contrattuale, pur non trovando collocazione in alcuna fonte positiva, ha operato come canone guida che ha aperto al sindacato giudiziario ed all'apprezzamento di valori ampi e suggestivi, nel quale convergono prospettive etiche, economiche, ideologiche oltre che giuridiche, mediante utilizzo di standards sociali, metri di valutazione di comportamenti ed interessi nella fase normativa del contratto, ovvero in una prospettiva economica delle condizioni dello

scambio, ancorata agli stessi indici offerti dal mercato e dalla prassi contrattuale. Per evidente corollario, la formulazione concettuale della giustizia non è dunque altro che il risultato della sintesi dei valori civili, etici ed anche economici, che, nella ricerca di un riscontro positivo, trova il suo fondamento sia nell'art. 2 della Costituzione italiana, sia nella clausola generale di buona fede ed equità, cui viene affidato un ruolo imperativo. In conclusione, la giustizia contrattuale coincide con l'equilibrio contrattuale ed opera, quindi, come elemento imprescindibile del contratto.

CAPITOLO I°

L'autonomia contrattuale

1. Fondamento costituzionale ed evoluzione storica.

La parola "Autonomia", dal greco *autòs e nòmos*, significa letteralmente "dar legge a sé stessi". In particolare, *l'autonomia negoziale* è il potere riconosciuto ai soggetti di disporre della propria sfera giuridica personale e patrimoniale e di autoregolamentare gli interessi privati. Il *contratto* rappresenta la massima espressione dell'autonomia negoziale la quale, a sua volta, è espressione dell'*autonomia privata* intesa come lo spazio di libertà che l'ordinamento giuridico riconosce a tutti i soggetti di diritto che la esercitano in tutti i settori che riguardano le attività umane e quindi non solo quelle commerciali ma anche quelle attinenti ai rapporti familiari e successori. Nel corso di questi anni, la dottrina e la giurisprudenza si sono, più volte, domandate se *l'autonomia contrattuale*¹, oltre ad essere riconosciuta esplicitamente dalla normativa codicistica e precisamente dall'art. 1322 c.c., trova fondamento anche all'interno della Costituzione italiana. Nella Carta costituzionale, non si riscontra uno specifico articolo che disciplina l'autonomia contrattuale in maniera esplicita e risulta essere assente una espressa previsione che, in via diretta e immediata, definisce il concetto giuridico. Attraverso lo studio di determinate disposizioni costituzionali è possibile riscontrare in maniera del tutto indiretta il fondamento costituzionale della stessa autonomia contrattuale. Secondo un primo orientamento dottrinale² l'autonomia contrattuale e negoziale trovano tutela nel disposto degli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana i quali, sanciscono l'invulnerabilità della persona umana, anche con riferimento all'autonomia di pensiero e di azione; e di conseguenza, rappresentano sicuramente i principi cardine dell'intero sistema normativo e costituzionale ponendo al primo posto la "Persona" e lo sviluppo della sua "Personalità", sia come singolo che in seno alle formazioni sociali. Personalità che, nel contesto sociale, il soggetto manifesta principalmente compiendo atti ed instaurando rapporti giuridici. Secondo questa teoria, la

¹ Per una compiuta ricostruzione dei numerosi studi sull'autonomia contrattuale si vedano: F. GALGANO, "Il diritto civile in 27 lezioni", Milano, 2007, p.159 e ss.; F. GALGANO, "Trattato di diritto civile", Padova, 2014. E. CAPOBIANCO, "Lezioni sul contratto", Torino, 2014, p. 123 e ss.

² Ciò viene affermato da un autorevole esponente della dottrina italiana: R. SACCO, "Trattato di diritto civile", "Il Contratto", I, Torino, p. 30 ss.

conclusione dei contratti può, di fatto, essere considerata come un modo attraverso il quale il soggetto realizza la sua personalità attraverso sia la formazione di strutture contrattuali con fini economici, sia stipulando contratti con finalità ideali e non lucrative, come i contratti associativi. In quest'ottica l'autonomia negoziale, si configura come diritto fondamentale della persona nell'esplicazione della sua personalità. Teoria che, tuttavia, non ha ricevuto ampi consensi³. Si è criticamente osservato che, l'art. 2 Cost. garantisce non l'autonomia negoziale in sé, ma le concrete manifestazioni della stessa, volte a dar vita alle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo. Per questo motivo è preferibile ritenere che la stessa autonomia negoziale trovi tutela nel dettato degli artt. 41 e 42 della Costituzione che rispettivamente riconoscono e garantiscono la libertà di iniziativa economica privata ed il diritto di proprietà⁴. Occorre precisare, però, che mentre la libertà di iniziativa economica privata è espressione dell'attività imprenditoriale, l'autonomia negoziale è una caratteristica comune a qualunque soggetto anche non imprenditore. Per tale ragione il riferimento all'art. 41 Cost. potrebbe essere utilizzato per ravvisare il fondamento costituzionale diretto dell'autonomia contrattuale degli operatori economici che si manifesta nella conclusione dei contratti di impresa, vale a dire quelli posti in essere da imprenditori, ma non sarebbe idoneo a rivestire il ruolo di fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale generalmente intesa. Malgrado ciò, è innegabile considerare sia l'autonomia negoziale che quella contrattuale come libertà strumentali rispetto all'iniziativa economica privata; con la conseguenza che nei rapporti economici la tutela delle prime è inscindibilmente connessa alla tutela della seconda e gli stessi limiti posti dal legislatore all'esercizio dell'una si ripercuotono inevitabilmente in limiti anche per l'esplicazione delle altre. Tali affermazioni sono contenute in una storica sentenza della

³ La teoria dottrinale secondo cui l'autonomia contrattuale non trova fondamento nell'art. 2 della Costituzione italiana, bensì nel dettato dell'articolo 41 della Costituzione, è stata aspramente criticata da: F. GAZZONI, *“Manuale di diritto privato”*, Napoli, p. 776 ss.; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *“Manuale di diritto civile” “Il contratto”*, Torino, 2008, p. 7 e ss.; G. BUFFONE, C. DE GIOVANNI, A.I. NATALI, *“Il contratto”*, Padova, 2013; P. FAVA, *“Il contratto”*, Torino, 2012, p.1102 e ss.; T. PASQUINO, *“Autodeterminazione e dignità della morte”*: *“Saggio di diritto civile”*, Padova, 2009, p. 114.

⁴ Sul rapporto tra libertà di iniziativa economica privata e diritto di proprietà si noti: N. COLACINO, *“La protezione del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo”*, Roma, 2007, p. 31; A. BALDASSARE, *“Diritti inviolabili e diritti sociali”*, Padova, 1996; A. MOSCARINI *“Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni”*, Milano, 2006.

Corte Costituzionale⁵, nella quale si chiarisce che ogni limitazione della libertà negoziale è legittima solo se preordinata al raggiungimento degli scopi previsti dalla Costituzione. Va ricordato, infatti, che l'iniziativa economica e la proprietà privata, a loro volta, non vengono tutelate incondizionatamente; perché la prima è garantita nella misura in cui è compatibile con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, nonché con l'esigenza che l'attività economica sia indirizzata e coordinata a fini sociali; la seconda, invece, è difesa e riconosciuta dalla legge, chiamata a determinarne i modi di acquisto, di godimento e i limiti, "allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti". Di conseguenza anche l'autonomia negoziale e contrattuale presentano dei limiti e dei condizionamenti anche in casi non espressamente previsti dalla legge. In conclusione è possibile ritenere l'autonomia negoziale e contrattuale come libertà tutelate e garantite, se pur indirettamente, all'interno della carta costituzionale italiana ma non in maniera piena ed assoluta poiché inserite in un contesto di valori costituzionali gerarchicamente ordinati. Il principio di solidarietà sociale⁶ enunciato dall'art. 2 Cost. e dignità umana quali valori di fondo della nostra Costituzione, difatti, non solo prevalgono sulla autonomia privata dei soggetti ma impongono un controllo giudiziale sugli atti esplicazione dell'autonomia stessa. Quest'ultima, è comunque, un valore costituzionale e le sue limitazioni devono essere socialmente giustificate risolvendosi, altrimenti, nella lesione di un diritto fondamentale della persona. La breve disamina sul concetto di autonomia privata ha quindi chiarito come i principi, sopra menzionati, caratterizzano l'intero ordine costituzionale, qualificano la forma di Stato in termini di democrazia sostanziale e trovano uno specifico ambito di applicazione nelle disposizioni riguardanti le libertà economiche individuali. Questo avviene specialmente nell'ambito del diritto di impresa, il quale viene limitato attraverso clausole generali riferite all'utilità sociale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e alla determinazione dei programmi e controlli per indirizzare l'attività economica a fini sociali. Anche la Corte Costituzionale ha, inoltre, esplicitamente affermato che l'art. 41 Cost. contiene solo una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica

⁵ Sulle limitazioni della libertà contrattuale si veda: Corte Cost., 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. cost.*, 1965, p. 283.

⁶ Nell'ambito del principio costituzionale di solidarietà sociale si tenga conto: P. FAVA, *“Le obbligazioni”*, 2008, p. 405; D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, D. FLORENZANO, *“Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza”*, Torino, 2015, p. 64 e ss.; B. CARAVITA, *“Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale”*, Torino, 2009, p. 230 e ss.

privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale. L'iniziativa privata, dunque, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale né in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; ma soprattutto deve essere ricordato che è al legislatore ordinario che viene affidata la determinazione dei programmi e dei controlli opportuni affinché l'iniziativa privata possa essere indirizzata e coordinata per il raggiungimento di fini sociali.

2. Definizione giuridica.

Il concetto di "Autonomia" va, senza dubbio, riferito alla capacità di ciascuno di disciplinare secondo proprie regole e precetti diverse tipologie di rapporti giuridici ma anche tipologie di rapporti sociali. In particolare, l'autonomia privata è definita come il potere riconosciuto dall'ordinamento giuridico, attraverso cui il privato manifestando la propria volontà regola i propri interessi. L'analisi finora svolta ha consentito di chiarire che quando si discute del principio di autonomia privata debba intendersi una categoria più ampia, comprensiva al suo interno di diverse specificazioni, prima fra tutte quella dell'"Autonomia contrattuale". Si definisce autonomia contrattuale il potere dei contraenti di autoregolamentare i propri interessi, grazie alla quale le parti determinano il contenuto del rapporto contrattuale, le modalità di concretizzazione ed infine, gli effetti giuridici connessi allo stesso. L'articolo 1322 del codice civile nel riconoscere alle parti contraenti l'autonomia contrattuale afferma che: *"Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative e 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"*. Dalla lettura di questo articolo si evince, innanzitutto che il contratto è lo strumento principe per la realizzazione dell'autonomia contrattuale e che il principio generativo del contratto è l'autonomia privata⁷. Occorre precisare, inoltre, che nell'ambito

⁷Sul concetto di autonomia privata: 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, p 253 e ss.

del significato da conferire all'autonomia contrattuale, è opportuno evidenziare che questa si manifesta sotto un duplice aspetto di cui uno in senso positivo e l'altro in senso negativo. In senso negativo, l'autonomia contrattuale sta a significare che nessuno può essere privato dei propri beni o essere costretto ad eseguire prestazioni in favore di altri contro la propria volontà. In questo senso, l'autonomia contrattuale è rintracciabile nel concetto generale di contratto, in base al quale questo vincola solo chi ha partecipato all'accordo ed ha espresso il proprio consenso alla costituzione o alla regolazione o all'estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale. Questo è il principio di relatività del contratto sancito dall'art.1372 comma 2 c.c., secondo cui *“Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, tranne nei casi previsti espressamente dalla legge”*. Per quanto concerne la dimensione positiva, invece, questa si esplica - in primis - nella scelta tra le diverse forme contrattuali tipizzate dal legislatore. Oltre a ciò, include la possibilità delle parti di definire liberamente il contenuto del contratto nei limiti previsti dalla legge. Un contratto scritto si compone di una pluralità di clausole che, nel loro insieme formano il regolamento contrattuale. Per clausola contrattuale si intende ogni determinazione volitiva inscindibile e non frazionabile che può ricevere una considerazione normativa specifica, diversa da quella relativa al contratto nel suo insieme⁸. L'autonomia contrattuale, intesa in senso positivo, si palesa anche nella facoltà di concludere contratti atipici, ovvero contratti non appartenenti ad alcun modello di negozio giuridico specificamente disciplinato dal legislatore. Le parti infatti, nel caso in cui vi siano situazioni ed esigenze peculiari, possono convenire di tutelare i propri interessi per mezzo di contratti che non rispondono a schemi normativi predeterminati. Tuttavia i contratti atipici sono validi purché siano diretti, come precisa il codice civile, a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. L'autonomia contrattuale, inoltre, include la libertà di utilizzare contratti tipici per realizzare finalità atipiche come nel caso del contratto fiduciario, oppure di legare tra loro varie figure contrattuali, tipiche o atipiche, per soddisfare interessi differenti da quelli subordinati a ciascun contratto, singolarmente considerato. Infine, la dottrina più recente è dell'opinione che l'autonomia contrattuale racchiude anche la libertà delle parti di stabilire

⁸ Il concetto di clausola contrattuale è, nello specifico, chiarito da: F. GALGANO, *“Il Contratto”*, Padova, 2010, p. 36.

procedimenti atipici di formazione del contratto, vale a dire diversi da quelli predisposti dal legislatore. È il caso, ad esempio, di un contratto normativo mediante cui le parti stabiliscono che la futura compravendita immobiliare che andranno a stipulare, si perfezionerà, anziché con il consenso dei contraenti legittimamente manifestato, con la consegna del bene.

3. Il ruolo della volontà nel contratto e la formazione dell'accordo fra le parti.

L'art. 1321 c.c. definisce il contratto come «*L'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*». La norma in questione, mette in evidenza due momenti essenziali del contratto, quello soggettivo e quello oggettivo. Il primo profilo mette in luce la volontà negoziale manifestata dalle parti contraenti nel contratto che si presenta quindi come atto decisionale. Sotto il profilo oggettivo, invece, il contratto è definito come autoregolamento di rapporti giuridici patrimoniali. Le parti, infatti, mediante il loro accordo, esplicazione di autonomia privata, pongono in essere una regola o disposizione. Secondo la “*Teoria della Volontà*”, elaborata dalla dottrina pandettistica risalente alla fine dell'800, il perno fondamentale del contratto consiste nella volontà ovvero nell'intento delle parti⁹. Questa teoria distingue due momenti: quello attinente alla formazione del volere interno e quello della volontà dichiarata, destinata cioè ad essere percepita dall'altra parte. La validità e l'efficacia del contratto sono condizionate dalla conformità tra il volere interno dei soggetti e la volontà dichiarata dai medesimi. Quello che conta è, però, la volontà interna, causa psichica dell'atto, sovraordinata alla volontà manifestata esternamente. Difatti, le ipotesi di divergenza tra volere interno e dichiarazione vanno ad inficiare il contratto. La conseguenza è la costruzione teorica di figure tipiche in cui ha luogo una divergenza tra voluto e dichiarato come la riserva mentale, errore ostativo, simulazione e situazioni di violenza assoluta. A

⁹ Per esprimere meglio il concetto della teoria della volontà contrattuale occorre menzionare diversi autori: G. STOLFI, “*Teoria del negozio giuridico*”, Padova, p. 4; N. LIPARI, P. RESCIGNO, “*Il contratto in generale*”, Roma, p. 485 e ss.; V. ROPPO, “*Il contratto*”, Roma, 2011, p. 181 e ss.; C. M. BIANCA, “*Diritto civile: Il contratto*”, Milano, 1978, p. 1 e ss.

tale orientamento si contrappone la “*Teoria Precettiva*”¹⁰, secondo cui la volontà, come fatto psicologico meramente interno è qualcosa di per sé inafferrabile che può avere rilevanza giuridica solo in quanto tradotta in un fatto sociale. Secondo tale teoria, quindi, ciò che conta non è il volere interno del soggetto ma la dichiarazione e cioè la volontà manifestata esternamente. D'altronde, una volontà meramente interna risultando del tutto indecifrabile per chiunque non sia il soggetto in cui si forma non è conoscibile se non attraverso una dichiarazione. Il contratto, inoltre, possiede una rilevanza socio-economica che si traduce nell'atto dispositivo mediante il quale i soggetti regolano i propri interessi, vale a dire in un autoregolamento che impegna le parti nella misura in cui viene ad oggettivarsi in un precetto esteriore. Lo scopo principale di coloro che stipulano un contratto, infatti, non è quello di manifestare uno stato d'animo, bensì quello di predisporre un regolamento impegnativo di interessi. Per questo motivo i fautori della teoria precettiva definiscono il contratto come autoregolamento, ravvisando in esso una norma negoziale, e cioè una regola giuridica posta in essere dai singoli interessati e destinatari della regola medesima. A differenza della norma giuridica che ha la sua fonte in un potere autoritario pubblico, la norma negoziale ha la sua fonte in un atto di autonomia privata. Un riferimento a tale concezione sembra contenuto nell'art. 1372 comma 1 c.c. il quale statuisce che «*Il contratto ha forza di legge tra le parti.*» Vi è infine, un terzo orientamento condivisibile, denominato “*Teoria della Dichiarazione*”¹¹ secondo cui l'essenza del contratto non è la volontà interna del dichiarante, ma la dichiarazione così come può essere percepita da una persona di media diligenza. Più specificamente, la situazione apparente prevale su quella reale, ogniqualvolta la volontà manifestata all'esterno anche se difforme da quella reale, ha determinato l'affidamento incolpevole del destinatario. In funzione di tutela dell'affidamento viene, quindi, affermato il principio dell'auto-responsabilità in base al quale 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

¹⁰ La c.d. teoria precettiva, che mette in risalto la manifestazione esterna della volontà contrattuale, viene esaltata da: 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.

¹¹ La teoria della dichiarazione è espressa da: 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*”.

dichiarato seppur non corrispondente al suo interno volere. L'ordinamento giuridico, dunque, tutela il destinatario della dichiarazione sul quale grava comunque l'obbligo di essere diligente nell'acquisire informazioni solo laddove abbia in buona fede confidato sulla serietà e sul significato oggettivo di quanto manifestato dalla controparte. L'apparenza prevale sulla realtà, sempre che vi siano elementi univoci, concordanti ed idonei a trarre in inganno una persona di media diligenza circa la corrispondenza del dichiarato al voluto. Inoltre, l'apparenza non è meritevole di tutela tutte le volte in cui il destinatario della dichiarazione, tenendo un comportamento diligente, avrebbe dovuto e potuto rendersi conto della non corrispondenza al vero della volontà manifestata. La teoria ora esposta risponde all'esigenza di certezza del traffico giuridico, avvertita soprattutto nei rapporti commerciali, e trova riscontro nel nostro diritto positivo. Analizzando ora, più dettagliatamente, la definizione legislativa di contratto di cui all'art. 1321 c.c. innanzitutto, ivi leggiamo che il contratto è "*L'accordo di due o più parti*". L'accordo delle parti è un requisito essenziale del contratto ed è inteso come l'incontro delle manifestazioni di volontà di ciascuna di esse. Il contratto è concluso e si perfeziona solo se, e solo quando, si raggiunge piena e totale coincidenza fra le dichiarazioni di volontà provenienti dalle diverse parti contraenti. Un accordo solo parziale raggiunto fra le parti nel corso della trattativa non ha nessun effetto vincolante anche nel caso in cui le parti abbiano annotato i punti di convergenza in un documento apposito denominato "*minuta di contratto*" perché, il mancato accordo sugli altri punti contrattuali comporta l'inefficacia anche di quelli già concordati proprio in questo stesso documento, salvo una eventuale responsabilità precontrattuale, per violazione del principio di buona fede nella trattativa contrattuale interrotta da una delle parti senza alcuna giustificazione¹². L'accordo delle parti, oltre ad essere l'incontro delle volontà, è anche punto di riferimento della concordanza di interessi. Attraverso le trattative le parti pervengono all'assunzione di un unitario assetto di interessi. L'accordo, deve essere finalizzato al conseguimento di uno scopo consistente appunto nella costituzione, regolazione e estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale. Questo è il profilo propriamente funzionale del contratto in quanto esprime la finalizzazione dello stesso al conseguimento di un risultato. L'accordo contrattuale può essere concluso in modo "*espresso*" o in modo "*tacito*". La prima ipotesi

¹² Tale problematica viene risolta con la sentenza della Corte Cass., 18 gennaio 2005, n.910.

ricorre quando la volontà delle parti viene dichiarata per iscritto, oralmente o con qualsiasi altro segno. La seconda ipotesi, invece, sussiste quando la volontà delle parti, o di una di esse non è dichiarata, ma si desume dal comportamento assunto detto “*comportamento concludente*”. Tipico esempio di contratto tacito è la società di fatto dove più persone si comportano come soci senza, però, avere mai dichiarato o manifestato la volontà di concludere un contratto di società. Va ricordato che la formazione tacita della volontà nell’accordo contrattuale può riguardare una sola delle parti, come nella ipotesi di accettazione tacita di una proposta espressa; e può riguardare sia l’intero contratto che una singola clausola contrattuale. In alcuni casi, la manifestazione tacita di volontà viene legislativamente esclusa. Ad esempio il codice civile, dispone che la volontà di liberare il debitore deve essere espressamente dichiarate nella delegazione, nella espromissione e nell’accollo; così come devono essere manifestate per espresso la rinuncia del creditore all’ipoteca e la volontà di prestare fideiussione. Non ha nessun valore giuridico di tacito consenso il c.d. *silenzio* tranne sé, le circostanze in cui viene osservato sono tali da attribuirgli il significato di comportamento concludente¹³. Un'altra ipotesi nella quale la legge riconosce al silenzio valore di tacito consenso è rappresentato dalla conclusione del contratto con obbligazioni del solo proponente. L’art.1333, comma 2° c.c. specifica che: «*Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare e degli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso.*» In tutti questi casi dove, silenzio vale come consenso ad ogni effetto, esso può essere sottoposto alle impugnative contrattuali per vizi del consenso o per incapacità. L’accordo contrattuale si può formare in modo simultaneo, fra contraenti presenti; ma si può formare anche fra contraenti lontani. In tal caso le dichiarazioni di volontà manifestate dalle diverse parti prendono il nome di proposta ed accettazione. La proposta è la dichiarazione di volontà di chi assume l’iniziativa del contratto. L’accettazione è la dichiarazione di volontà che il destinatario della proposta rivolge, a sua volta, al proponente. Il contratto, quindi, si intende concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta riceve notizia dell’accettazione dell’altra parte. È importante, però, che l’accettazione pervenga entro il termine stabilito dal proponente o, in mancanza, in un tempo ragionevole. L’accettazione, deve assumere la forma richiesta dal proponente ed il contratto si considera concluso, secondo il principio della cognizione,

¹³Sul c.d. silenzio contrattuale si tenga conto dell’orientamento giurisprudenziale manifestato dalla Corte di Cassazione con la sentenza, 9 giugno 1983, n.3957.

quando ciascuna delle parti ha conoscenza della concordante volontà dell'altra. Nei Paesi di *common law* è vigente il principio della spedizione (*mailbox rule*) secondo il quale il contratto si considera concluso quando c'è una obiettiva coesistenza di volontà conformi nel tempo e nel luogo in cui il destinatario della proposta spedisce la propria accettazione, con la conseguenza che il vincolo contrattuale si perfeziona prima ancora che il proponente ne abbia conoscenza. Nei Paesi dell'area tedesca, invece, vige il principio della ricezione in forza del quale il contratto concluso nel momento in cui l'accettazione è pervenuta all'indirizzo del proponente rimanendo irrilevante se questi ne ha avuto, o potuto avere, conoscenza. Il nostro ordinamento, dal canto suo, richiede una conoscenza o comunque una conoscibilità dell'accettazione che si realizza, appunto, quando la stessa accettazione giunge all'indirizzo del proponente, se questi non prova d'essere stato, senza colpa, nell'impossibilità di averne notizia. Sicché si può affermare che il principio tedesco della ricezione differisce dal nostro principio della cognizione solo perché il proponente non è ammesso a dare la prova che l'accettazione, sebbene pervenuta al suo indirizzo, è stata da lui senza colpa ignorata.

4. Il regolamento contrattuale.

Il regolamento contrattuale¹⁴ è l'insieme delle regole che il contratto detta alle parti le quali esprimono gli impegni ed i risultati legali previsti come sistemazione degli interessi da soddisfare. Possiamo dire che il regolamento contrattuale è il contratto stesso, inteso non come atto ma come rapporto. Più in breve, è l'insieme degli effetti contrattuali cioè dei mutamenti che le posizioni giuridiche delle parti subiscono ovvero, nascita, modificazione, trasferimento ed estinzione di diritti ed obblighi. Il regolamento contrattuale viene determinato da diverse fonti¹⁵ che non si escludono a vicenda ma possono operare

¹⁴ La nozione di regolamento contrattuale è espressamente specificata in: V. ROPPO, "Diritto privato", Torino, 2014, p. 422 e ss.; M. BESSONE, "Istituzione diritto privato", Torino, 2013, p. 662 e ss.; E. NAVARETTA, A. ORESTANO "Dei contratti in generale", Torino, 2011.

¹⁵ Sulle fonti del regolamento contrattuale: V. ROPPO, "Il contratto", Torino, 2011, p.429 e ss.; M. FRANZONI, "Degli effetti del contratto": "Integrazione del contratto ed i suoi effetti reali e obbligatori", 2013, p. 14 e ss.; L. GRIMALDI, G. BARBARA, "Diritto civile", 2008, p. 239 e ss.; M. PENNASILICO, "Contratto e interpretazione", Torino, 2015, p. 39 e ss.

congiuntamente. Tali fonti si distinguono in fonti autonome, che si sintetizzano nella volontà delle parti e fonti eteronome che si sostanziano nella legge e nella decisione del giudice. L'abilitazione delle parti a determinare in modo autonomo il regolamento del loro contratto è sancita, come già detto, dalla norma che si rubrica "*Autonomia contrattuale*" con cui le parti determinano liberamente il contenuto del contratto. La volontà delle parti è fonte necessaria ed è fonte autonoma che permette di determinare sia la costruzione del regolamento contrattuale sia la formazione dell'accordo necessario a concludere il contratto. Tuttavia, va ricordato che, non sempre esiste una piena coincidenza fra queste due volontà. Per questo motivo è opportuno specificare che la volontà edificatrice del regolamento contrattuale è quella manifestata nel testo, piuttosto che quella manifestata nella dichiarazione. Il *testo contrattuale* è un insieme di proposizioni, che esprimono clausole. La *clausola* è l'unità elementare del testo e del regolamento contrattuale. È una disposizione omogenea, con cui le parti regolano un determinato aspetto del loro rapporto. Di regola le clausole sono organizzate in articoli con numerazione, sotto-numerazione progressiva e talora con una rubrica che ne designa l'oggetto. Non sempre, però, ad un articolo del testo corrisponde una clausola, ed una sola. *L'articolo*, in quanto articolazione del testo, è una proposizione linguistica o un insieme di proposizioni. Invece la clausola non è una proposizione, ma una disposizione che non ha valore linguistico, ma precettivo. È importante fare una distinzione tra *clausole non autosufficienti*, le quali non sono concepibili se non all'interno di un contratto (ad es. la clausola che determina il prezzo), e *clausole autosufficienti*, dette anche *clausole-contratto*. Queste possono anche vivere di vita autonoma, costituendo da sole un autonomo contratto (ad es. una clausola compromissoria, un patto di non concorrenza). Può, infine, accadere che il regolamento contrattuale contenga le c.d. *clausole di stile* ovvero proposizioni sfinite del valore di vero precetto contrattuale (ad es., la clausola con cui si dice che l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali darà luogo a risoluzione del contratto come conseguenza già prevista dalla legge). Analizzando le fonti eteronome, è opportuno specificare che queste, pur essendo eventuali, operano a prescindere della volontà delle parti e danno luogo alla c.d. "*integrazione del contratto*". L'integrazione del contratto è il meccanismo di costruzione del regolamento contrattuale ad opera delle fonti eteronome che si realizza

attraverso diversi passaggi. Il primo passaggio è costituito *dall'interpretazione del contratto* la quale è una operazione logica diretta ad attribuire alle clausole contrattuali il giusto significato. Questa operazione è affidata al giudice che agisce attenendosi ad una serie di criteri legali di interpretazione. Il secondo passaggio è la *qualificazione*. Con essa si confronta il contratto con i diversi tipi contrattuali, ed in base al confronto si stabilisce se il contratto appartiene ad un tipo, oppure ad un altro tipo, oppure a due tipi insieme, oppure a nessun tipo. Qualificare il contratto significa, quindi, identificare le norme che concorrono a costruirne il regolamento. Il terzo passaggio, infine, è costituito proprio dall'*integrazione* la quale, ha luogo ogni volta che il contenuto di un contratto è determinato non solo dalla volontà delle parti, ma anche dalla legge e, in via subordinata, dagli usi e dall'equità. La norma base in materia è l'art. 1374 c.c. il quale dispone che: «*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, cioè a quanto risulta nelle clausole del contratto volontariamente concordate dalle parti, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*».

5. Contratto incompleto e accordo sufficiente nel diritto privato europeo quali spazi di ampliamento della discrezionalità del giudice.

In alcune situazioni può accadere che il contratto, così come le parti lo hanno formulato, può risultare incompleto oppure di significato incerto, oscuro o ambiguo. Sulla base di questa premessa, si definisce “*deliberatamente incompleto*”¹⁶, il contratto che presenta un contenuto non definito in tutti i suoi punti perché le parti hanno attribuito ad un terzo, ad una di esse o ad un loro accordo la determinazione successiva dell'elemento mancante. L'incompletezza può riguardare sia elementi oggettivamente essenziali del contenuto contrattuale, quale la prestazione, sia elementi oggettivamente secondari o accessori come le modalità di adempimento della prestazione. Il contratto incompleto non rappresenta una

¹⁶ Le questioni inerenti il contratto incompleto sono trattate, in maniera specifica, dagli autori: A. FICI, “*Il contratto incompleto*”, Torino, 2005, p. 120 e ss.; M. BASSANI, “*Il contratto incompleto*”, Roma, 2010; G. BELLANTUONO, “*I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*”, Padova, 2000; E. GABRIELLI, “*Contratto completo e clausola di arbitraggio*”, Torino, 2001, p. 291; E. GUERINONI, “*Incompletezza e completamento del contratto*”, Milano, 2007; G. CLERICO, “*Incompletezza del contratto e responsabilità delle parti*”, 2005, p. 593 e ss..

fattispecie contrattuale atipica ed anomala ma una categoria più ampia. Il contratto è infatti incompleto non solo quando le parti deliberatamente lasciano un elemento in bianco prevedendone la successiva determinazione, ma anche quando il suo contenuto presenta una lacuna, che non emerge dalla volontà dei contraenti. In questo caso si parla di incompletezza non deliberata, che pertanto non è voluta dalle parti ma subita dalle stesse. L'incompletezza contrattuale non deliberata, può assumere una forma *apparente* se le lacune del regolamento contrattuale sono dovute ad ambiguità o vaghezza del linguaggio utilizzato dalle parti o *reale* se manca una vera e propria volontà. Alla prima specie di incompletezza l'ordinamento supplisce con l'interpretazione; alla seconda, con l'integrazione. L'incompletezza, inoltre, può manifestarsi contestualmente alla conclusione del contratto o successivamente, a seconda che la lacuna sia già presente o emerge solo in un secondo momento. In questo ultimo caso la clausola di rinvio a successiva determinazione realizza una riapertura del regolamento contrattuale. Il contratto può pertanto essere originariamente incompleto, se il contenuto è inizialmente indeterminato in virtù di una clausola di apertura, o originariamente completo ma successivamente incompleto, se il suo contenuto diventa indeterminato in virtù di una clausola di riapertura. Dal punto di vista giuridico, è incompleto un contratto con contenuto volontariamente indeterminato, un contratto che contiene al suo interno delle regole volontarie, determinate dalle parti in maniera imperfetta e che, in quanto tali, non possono stare nel regolamento contrattuale ma vanno necessariamente integrate al fine di rendere il contratto stesso completo. Incompleto è, quindi, quel contratto in cui alcuni aspetti del rapporto non sono espressamente regolati. Questa circostanza ricorre quando le parti si sono riservate di determinare, d'accordo fra di loro, successivamente alla conclusione del contratto, il prezzo o la quantità di fornitura oggetto del contratto stesso o, ancora, hanno previsto che ad una determinata scadenza si debba procedere a una nuova determinazione e revisione del prezzo. Nella teoria economica, invece, un contratto è incompleto qualora non tiene conto di tutte le circostanze che si possono verificare successivamente alla sua conclusione, e dei loro effetti sull'equilibrio contrattuale. Può accadere che in fase di esecuzione uno dei contraenti diventi non desideroso di adempiere, oppure è messo in grado di sfruttare le circostanze a lui fortunate in pregiudizio dell'altro contraente. L'equilibrio diventa così precario e gli incentivi per le parti di rispettare il contratto alle condizioni pattuite possono modificarsi ed addirittura venire meno. In questi casi

l'incompletezza, unita ad altri fattori rende il contratto inefficiente. Esempio, è incompleta la somministrazione in cui il corrispettivo pattuito non tiene conto dell'andamento dello stato della domanda del bene somministrato oppure delle variazioni dei costi di produzione del somministratore. È incompleto un contratto di locazione che non prende in considerazione l'ipotesi che la cosa locata sia distrutta o non disciplina gli effetti di questo evento sul rapporto contrattuale. Le *cause di incompletezza del contratto*, sono molteplici ed alcune di queste sono legate alla sfera soggettiva dei contraenti; altre invece all'operazione economica posta in essere mediante contratto. Rappresenta una causa di incompletezza del contratto la "*limitata razionalità dei contraenti*" ovvero i limiti cognitivi cui l'uomo è soggetto ed indica sia la necessaria incompletezza delle informazioni contrattuali, sia i difetti inerenti il processo di elaborazione delle medesime. Essa è all'origine della impossibilità di prevedere e regolare tutte le contingenze; poiché acquisire ed elaborare informazioni costa non solo in termini di tempo ma anche di energia e di denaro. Per tale motivo le parti, in alcuni casi, preferiscono restringere i confini del loro accordo contrattuale per non incorrere in spese eccessive; e pertanto pongono a fondamento delle proprie decisioni un campo di conoscenze più limitato di quello oggettivamente possibile. Ciò è razionale nella misura in cui una simile restrizione comporta un risparmio dei costi di contrattazione per le parti stesse. Il concetto di razionalità limitata indica altresì i limiti inerenti la capacità di elaborare informazioni. A volte, le parti non sono in grado di elaborarle perfettamente nemmeno se lo vogliono poiché le capacità di calcolo, le capacità di prevedere ed valutare scenari, le capacità di compiere giudizi comparativi e così via sono limitate. Altra causa di incompletezza contrattuale è la tendenza dei contraenti ad assumere comportamenti opportunistici. Il termine "*Opportunismo*" indica il «perseguire, con astuzia, finalità egoistiche.» Rientrano nella nozione tutte quelle forme sottili di inganno, quali l'indicazione incompleta o distorta delle informazioni contrattuali e, più in generale, il travisamento o il distorcimento della realtà, operate al fine di raggiungere i propri fini. In questo senso l'opportunismo è una delle principali cause dello stato di incertezza ed incompletezza contrattuale. In particolare i contratti incompleti possono implicare fenomeni di grande rilievo, fra loro strettamente connessi. Possono non essere efficaci nel garantire l'effettività degli impegni, dato che un accordo può generare ex-post comportamenti opportunistici; possono impedire l'effettiva realizzazione di uno scambio che sarebbe invece mutualmente vantaggiosa per le parti. Ciò

implica l'ammissione che il comportamento opportunistico delle parti o di una di esse, limita ciò che si può effettivamente realizzare con il contratto. Attraverso questa analisi, si può certamente affermare che se non esistessero limiti cognitivi e propensioni egoistiche, molti dei problemi di incompletezza ed incertezza contrattuale potrebbero essere risolti senza troppe difficoltà. Infatti, la mancanza di una razionalità limitata, non farebbe sorgere problemi di esecuzione del contratto e determinerebbe, quindi, la conclusione di contratti completi e cioè onnicomprensivi in grado di prevedere e disciplinare dettagliatamente ogni possibile evento che si presenti nel corso del rapporto. Tutte le questioni rilevanti per le parti sarebbero efficacemente risolte ex ante, predisponendo le clausole più opportune. Similmente, se le parti contraenti non fossero dedite all'opportunismo vale a dire, se le promesse fossero automaticamente mantenute, non sorgerebbero mai problemi di esecuzione e di incompletezza. Le difficoltà create da eventuali lacune contrattuali dovute al fenomeno dell'opportunismo potrebbero, inoltre, essere risolte se i contraenti assumessero comportamenti idonei a massimizzare il profitto congiunto. In conclusione, per evitare che tali rischi si vadano a concretizzare, sarebbe opportuno che le parti stipulassero sempre "*contratti completi*" specificando azioni e impegni reciproci in ogni possibile circostanza. I contraenti, come già detto, dovrebbero seguire la strategia di accordarsi in modo da massimizzare il valore collettivo insito nel programma contrattuale e non quello individuale. Tuttavia nella pratica è assai difficile incontrare dei contratti completi, per una serie di ragioni. Il contratto completo deve prevedere tutti gli stati di natura che possono intervenire durante il periodo di validità del contratto, ma la natura riserva sempre delle sorprese impossibili da anticipare. Inoltre anche il migliore consulente contrattuale possiede una razionalità limitata per determinare tutti i casi che definiscono, con assoluta certezza, la completezza di un contratto. Allora il contratto completo potrebbe essere sia tecnicamente impossibile, perché non tutto può essere previsto, sia tecnicamente possibile ma economicamente non conveniente, poiché risulta troppo costoso, anche in termini di tempo, prevedere e risolvere ogni futura eventualità. Quindi si può affermare che l'ipotesi di completezza contrattuale è una mera premessa teorica, e che nella realtà tutti i contratti che vengono conclusi soffrono di una naturale incompletezza. Il sistema dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti, nello stabilire i requisiti del contratto, va ad

inquadrare fra questi il requisito dell' "Accordo sufficiente"¹⁷. 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 sufficiente.*» L'art. 2:103 del sistema dei PDEC stabilisce 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, innanzitutto, che fra i requisiti del contratto non vengono menzionati né la forma, né l'oggetto e né la causa che invece sono presenti nella tradizione civilistica italiana 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. Per ritornare al tema dell'*accordo sufficiente*, occorre precisare che la stessa idea di "sufficienza" evoca una relazione tra il contenuto del contratto, che le parti hanno concordato, e le finalità che esse, tramite questo strumento, intendono realizzare. Dunque, se c'è accordo su tutti i punti, l'accordo è sufficiente e la regola contrattuale risulta, in concreto, perfettamente idonea e funzionale a far realizzare ai contraenti le loro finalità. Se, invece, l'accordo fra le parti non risulta essere sufficiente, perché raggiunto solo su alcuni punti, il contratto non si può dire né concluso né eseguibile, fino a quando i contraenti non raggiungono l'accordo sui punti controversi. L'accordo non sufficiente comporta, quindi, una sorta di frattura funzionale sui punti concordati e su quelli cui le parti sono ancora in disaccordo; ma anche sulle finalità da realizzare. Tuttavia, le problematiche inerenti all'incompletezza contrattuale e alla insufficienza dell'accordo contrattuale hanno, nel corso di questi anni, comportato un ampliamento della discrezionalità del giudice nelle operazioni di controllo giudiziale sui contratti stessi. Oggi, è opportuno affermare che, secondo l'attuale disciplina legislativa, il controllo giudiziale che il giudice effettua sul contratto concluso dalle parti verte non solo sulla meritevolezza dell'interesse perseguito, sulla conformità alla legge, sulla liceità o moralità del contratto ma anche sugli elementi essenziali del contratto e cioè sull'accordo, sulla causa,

¹⁷ La nozione di accordo contrattuale sufficiente viene trattata in: C. CASTRONUOVO, "Manuale di diritto privato europeo", Milano, 2007, p. 461 e ss.

sull'oggetto e sulla forma, quando richiesta, e sugli elementi accidentali che possono rendere il contratto illegale, illecito o immorale; oppure ancora sulla tipizzazione del contratto. Il sindacato del giudice può avere come oggetto anche le modalità con cui il contratto è posto in essere, e quindi la sua formazione, che può essere preceduta da una fase di trattativa, di scambio di informazioni o di documenti. In tal caso si deve verificare se il controllo verta su comportamenti che danno luogo a responsabilità precontrattuale, responsabilità contrattuale o a responsabilità extracontrattuale. Infine, il controllo giudiziale del contratto effettuato dal giudice si estende alle modalità con cui il contratto viene eseguito o non è stato eseguito, alle cause che ne abbiano impedito od ostacolato la sua esecuzione ed alle modalità con le quali il contratto è stato modificato o è stato estinto. Dunque, è chiaro che il controllo che il giudice discrezionalmente effettuato sul contenuto del contratto e sulle sue modalità di formazione e di esecuzione è stato notevolmente ampliato ma, allo stesso tempo, è opportuno ricordare che il giudice nell'eseguire tale controllo giudiziale deve sempre attenersi a delle regole dettate dal codice civile, dalla legislazione speciale e dalle altre fonti del diritto che pongono limiti alla sua discrezionalità di valutazione e di operazione.

CAPITOLO II°

I limiti dell'autonomia privata e la rilevanza del principio di equilibrio contrattuale.

1. I limiti dell'autonomia privata.

L'autonomia privata rappresenta il fondamento dell'autonomia contrattuale e costituisce il presupposto e la ragione della tutela dei contratti e della loro disciplina. L'autonomia privata e contrattuale, tuttavia presentano delle limitazioni. L'idea del contratto come pura e piena soggettività dell'individuo, immune da qualsiasi condizionamento obiettivo fattuale o legale, è un'idea astratta che non ha mai trovato riscontro ad oggi nella realtà¹⁸. I limiti dell'autonomia privata sono innanzitutto sanciti a livello costituzionale dove la stessa viene tutelata indirettamente, quale oggetto della libertà di iniziativa economica disciplinata esplicitamente nell'art. 41 della Costituzione. Tale norma dispone, infatti, che «*la libera iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana*». L'utilità sociale, costituisce, quindi, non solo il fondamento dell'iniziativa dei privati ma anche il limite nell'esercizio dell'autonomia privata¹⁹. Gli altri limiti sono, invece, menzionati nel Codice Civile italiano. L'art. 1322 c.c. dispone che «*le parti contraenti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*». Innanzitutto, questi limiti sono definiti *limiti esterni* proprio perché imposti direttamente dalla legge e si sostanziano nel rispetto tanto delle norme imperative, quanto delle più generali regole di correttezza. Il riferimento ai principi di correttezza assume particolare importanza in quei settori dove l'autonomia privata non si esplica con identica forza per entrambi i contraenti, ovverosia nel settore dei contratti del consumatore. In tale ambito, infatti, il limite del rispetto dei principi di correttezza permette un intervento del legislatore volto a limitare o modificare l'autonomia contrattuale del contraente più forte, in maniera tale da ridurre la ingiusta distribuzione di risorse rispetto alla parte debole del contratto. La seconda tipologia dei limiti dell'autonomia privata e contrattuale è rappresentata dai c.d.

¹⁸ Al riguardo: V. ROPPO, *op. cit.*, Milano, 2011, p. 41 e ss.

¹⁹ Il concetto di utilità sociale, quale limite dell'autonomia privata, viene espresso in: P. PERLINGIERI, «*Manuale di Diritto Civile*», Napoli, 2014, p. 331 e ss.

limiti interni, i quali trovano origine nel contratto stesso. Secondo quanto disposto dal secondo comma dell'art. 1322 c.c., i limiti interni si riferiscono alla meritevolezza degli interessi che il contratto intende realizzare. Pertanto, il giudizio di meritevolezza si basa sull'idoneità dell'atto a realizzare interessi protetti dall'ordinamento e, in virtù di ciò, deve necessariamente svolgersi non solo in riferimento ai c.d. "contratti atipici", ma anche riguardo a qualsiasi modello contrattuale. Ciò consente di valutare i contratti tipizzati dal legislatore sotto una prospettiva dinamica, in quanto anche essi devono conformarsi concretamente ai principi fondamentali consacrati nella Carta Costituzionale.

1.1. Il contratto in serie

Dall'analisi effettuata, appare evidente che nel nostro diritto i limiti all'autonomia contrattuale appaiono alquanto estesi. È evidente che, talvolta, questi limiti sono imposti all'autonomia contrattuale di una sola delle parti contraenti mentre, in altri casi si limita l'autonomia contrattuale di entrambe le parti. La prima ipotesi ricorre, anzitutto, nel cosiddetto "*contratto in serie*". Il contratto in serie (detto anche contratto standard o contratto di massa o per adesione) è il contratto il cui contenuto è, in tutto, predeterminato da una delle parti con l'altra che non può dare inizio a delle trattative ma, può solo «prendere o lasciare» e cioè concludere il contratto, così come è stato predeterminato dall'altro contraente, oppure rifiutarsi di concluderlo. Questa fattispecie contrattuale soddisfa esigenze di programmazione aziendale proprie della produzione commerciale ed industriale su larga scala di beni e servizi. D'altronde, come i beni o i servizi sono prodotti e distribuiti secondo procedimenti uniformi, così vengono regolati in modo uniforme i rapporti contrattuali con i consumatori dei prodotti e con gli utenti dei servizi. Tutto ciò costituisce la rappresentazione economica del fenomeno dei contratti in serie, mentre il loro aspetto giuridico si manifesta nella efficacia che la legge attribuisce alle "*condizioni generali di contratto*". Queste sono le condizioni contrattuali predisposte in modo uniforme da uno dei contraenti (produttore industriale) e destinate a valere per tutti i contratti che verranno conclusi con i consumatori e utenti. Il legislatore dispone che, le condizioni generali di contratto sono efficaci nei confronti dell'altro contraente, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. La dottrina, nel corso di questi anni, si è chiesta

quale sorte subisce il contratto in serie quando il predisponente non ha reso le condizioni generali conoscibili all'altro contraente. Su questo punto parte di essa sostiene che, la conoscenza e la conoscibilità di tali condizioni sono equiparabili e pertanto, rappresentano il presupposto necessario del consenso contrattuale. L'inconoscibilità al pari della mancata conoscenza delle condizioni generali di contratto impedisce la formazione del contratto stesso²⁰. Altra parte della dottrina, invece, afferma che la conoscibilità delle condizioni generali di contratto non è equiparabile alla effettiva conoscenza delle condizioni stesse. Di conseguenza l'inconoscibilità non producendo necessariamente gli effetti del mancato consenso non impedisce la formazione del consenso²¹. Secondo l'opinione tradizionale, però, l'intero contratto deve intendersi travolto solo se l'una o l'altra parte contraente prova che la presenza o l'assenza delle clausole recanti le condizioni generali di contratto sono circostanza determinante del loro consenso.²² Questa soluzione viene suggerita dallo stesso Codice civile italiano e, precisamente, dalla lettera dell'art. 1341, il quale fa riferimento non all'efficacia del contratto per condizioni generali, ma all'efficacia delle condizioni generali di contratto. In virtù di questa disposizione normativa, il contratto in serie cessa di essere espressione dell'autonomia di entrambe le parti e diventa qualcosa di molto simile alla legge e risulta essere vincolante per i suoi destinatari non appena gli stessi sono posti nella condizione di conoscere il contenuto del contratto, quale elemento indispensabile per la sua conclusione.²³ Il comma 2° dell'art.1341 c.c., al fine di tutelare il *contraente c.d. debole*, prevede che, nel contratto in serie, devono essere specificatamente approvate per iscritto e quindi conosciute e volute, e non solo conoscibili, le *clausole vessatorie o particolarmente onerose* ovvero quelle che, ad esempio, stabiliscono a favore di colui che le ha predisposte limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto e di sospenderne l'esecuzione o sanciscono a carico dello stesso contraente debole,

²⁰ Sul limite dell'autonomia contrattuale, costituito dal c.d. contratto in serie, si veda: R. SCOGNAMIGLIO, "I contratti per adesione e l'art. 1341", in banca, borsa, tit. cred., 1954, p. 783.

²¹ La questione viene trattata con rilievo da: F. GALGANO, *op. cit.*, Padova, 2010, p. 40.

²² Al riguardo: GENOVESE, "Le condizioni generali di contratto", Padova, 1954, p.231 ss.

²³ L'analogia con la legge non può portare a concepire la predisposizione delle condizioni generali di contratto come espressione di una sorta di potere normativo, delegato dai pubblici poteri alle imprese di produzione di massa. Anche se il contenuto è determinato, unilateralmente, da una delle parti, il contratto in serie resta pur sempre un contratto, sottoposto a tutte le norme sui contratti compatibili con il suo particolare modo di formazione. In argomento: GENOVESE, *op. cit.*, Padova, 1954, p.804.

limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto. La mancata sottoscrizione di tali clausole le rende inefficaci; e si tratta di inefficacia assoluta, che può essere fatta valere anche dalla parte contraente che ha predisposto il contratto ma può essere rilevata d'ufficio. Va ricordato, inoltre, che l'elenco legislativo delle clausole vessatorie è tassativo ma suscettibile di interpretazione estensiva.²⁴ Per il contratto in serie spesso vengono definiti dei moduli o formulari, come i modelli dei contratti bancari o le polizze di assicurazione, che al momento della conclusione del contratto vengono riempiti con il nome dell'altro contraente. Anche qui il Codice Civile al fine di tutelare il c.d. contraente debole prevede che le clausole aggiunte a penna, o a macchina nel modulo/formulario prevalgono su quelle stampate, qualora risultano essere incompatibili con queste ultime anche se non sono state ancora cancellate. Contratto opposto a quello stipulato e concluso per adesione, è il *contratto isolato*. Si parla di contratto isolato per indicare il contratto frutto di trattative intercorse fra le parti contraenti, nel corso delle quali esse, assumendo un pari posizione economica, discutono delle condizioni che andranno a formare il contenuto del futuro contratto.

1.2. L'obbligo a contrarre ed il contratto unilaterale.

Un altro limite all'autonomia contrattuale è costituito dall'obbligo a contrarre. L'obbligo a contrarre è *legale* quando l'autonomia di una delle parti contraenti viene limitata da norme di legge che, in determinate situazioni, impongono ad esso di concludere un contratto, privandolo della libertà di scelta se contrattare o non contrattare. Una ipotesi legale di obbligo a contrarre è prevista nell'art. 2597 c.c. il quale, nel disciplinare l'obbligo di contrattare del monopolista, afferma che: «*Chi esercita una impresa in condizioni di monopolio legale*²⁵ *ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che*

²⁴Corte Cass., 18 dicembre 1999, n. 14302; in Mass. Foro it., come da Cass., 23 novembre 2001 n.14912 dove si precisa che «l'interpretazione estensiva è compatibile con la tassatività della categoria delle clausole vessatorie, purché l'interpretazione estensiva stessa permetta di tutelare il contraente per adesione (c.d. debole) in situazioni per lui particolarmente sfavorevoli.»

²⁵ E' il caso delle imprese di pubblici trasporti di linea, delle imprese che gestiscono servizi telefonici, la erogazione di energia elettrica.

formano oggetto d'impresa, osservando la parità di trattamento.» In questo caso il limite dell'autonomia contrattuale non riguarda il contenuto del contratto che è, anzi, predeterminato con condizioni generali, ma investe la scelta di conclusione contrattuale della impresa monopolistica che di fronte alla proposta del c.d. utente è obbligato ad esprimere la propria accettazione. È palese che, in queste ipotesi, il legale obbligo a contrarre permette di tutelare il contraente-utente che non ha la possibilità di rivolgersi ad altre imprese, essendo il regime di mercato a carattere monopolistico. Inoltre, chi esercita una impresa in condizioni di monopolio legale non può, come il comune soggetto privato in forza della propria autonomia contrattuale, negare la conclusione del contratto senza dovere indicare i motivi del rifiuto. Egli è tenuto a giustificare le ragioni del diniego della prestazione e, in ogni caso, rispettare la parità di trattamento attraverso il soddisfacimento delle varie richieste, non secondo il proprio arbitrio, come l'autonomia contrattuale gli permetterebbe, ma secondo l'ordine delle richieste o secondo altri obiettivi criteri, come quelli della maggiore urgenza o della maggiore necessità²⁶. Altra ipotesi di obbligo a contrarre è prevista da leggi speciali, come il caso dell'“*assicurazione obbligatoria della responsabilità civile, imposta al proprietario di veicoli a motori e di natanti ed all'esercente di impianti nucleari*”. Qui, le leggi speciali permettono di tutelare l'interesse di terzi estranei al rapporto contrattuale ovvero quello per cui ogni individuo ha il diritto di essere risarcito del danno che gli può derivare dall'altrui uso di mezzi meccanici o dall'altrui gestione di impianti ad alta pericolosità. Infine, *l'obbligo a contrarre* può essere anche *volontario*. Questo consegue alla stipulazione di un *contratto preliminare* che obbliga le parti alla stipulazione del contratto definitivo e che costituisce ipotesi sostanzialmente diversa da quella affine dei *contratti normativi*, ove le parti non si obbligano a stipulare futuri contratti ma si limitano a predisporre una regolamentazione nel caso in cui decidono di stipularli in futuro²⁷. Sia nei casi di legale obbligo a contrarre, che in quelli volontari, il contraente che vanta il diritto alla conclusione del contratto, ove l'altra parte non adempia, può ottenere ex art. 2932 c.c. una sentenza costitutiva che

²⁶ Sul secondo limite dell'autonomia contrattuale, deve essere richiamato: F. GALGANO, Padova, 2010 *op. cit.*, p. 47.

²⁷ Si osservi che i fautori dell'interpretazione restrittiva, invece, sul punto giungono ad una soluzione diametralmente opposta. Infatti, essi, ritenendo che un contratto non possa avere come unica finalità quella di fissare il regolamento per rapporti giuridici eventuali e futuri, escludono che sia un contratto in senso tecnico il cosiddetto contratto normativo.

produca gli effetti del contratto non concluso, sempreché ciò sia possibile e non sia esclusa dal titolo. Diversa dall'obbligo a contrarre è la fattispecie del "*Contratto Unilaterale*" e, cioè, quel contratto con obbligazioni a carico del solo proponente disciplinato dall'art. 1333 c.c. In questo articolo, il codice civile stabilisce che *«la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso»*. Il contratto unilaterale si caratterizza, quindi, per il fatto che dallo stesso nasce l'obbligo di eseguire la prestazione a carico di una sola parte, come ad esempio nel deposito gratuito, dove sul solo depositario incombe l'obbligo di custodire e consegnare la cosa nello stato in cui è consegnata. È un contratto che, pur implicando l'esistenza di due parti e di due distinte manifestazioni di volontà, genera l'obbligo della prestazione per una sola parte che si trova nella posizione esclusiva di debitore. L'unilateralità delle prestazioni fa sì che la legge non richieda l'accettazione espressa del beneficiario, consentendo a quest'ultimo il rifiuto nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In dottrina si è discusso se la fattispecie in esame rientri a pieno titolo nell'ambito contrattuale o meno. Secondo parte della dottrina, il contratto unilaterale è "*un negozio unilaterale a rilievo bilaterale*" che si perfeziona con un procedimento diverso da quello costituito dallo scambio proposta – accettazione proprio dei contratti in senso stretto. Secondo questi Autori, infatti, il contratto unilaterale si considera concluso quando la proposta non è seguita dal rifiuto della controparte nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. La caratteristica distintiva del procedimento di formazione del contratto unilaterale è che l'accettazione viene sostituita dal silenzio protratto per la durata richiesta dalla natura dell'affare o dagli usi. Il silenzio, dunque, nella fattispecie del contratto unilaterale, determina la conclusione del contratto e la stabilizzazione dei suoi effetti; mentre, in via generale, non costituisce mai manifestazione negoziale. In sostanza chi considera il contratto unilaterale come un negozio unilaterale a rilievo bilaterale è convinto che gli effetti, del contratto stesso, si producono non appena la proposta giunge nella sfera di conoscibilità dell'oblato tranne sé questo manifesta il suo rifiuto nell'apposito termine. Altra parte della Dottrina, vede nel contratto unilaterale una vera e propria fattispecie contrattuale con la conseguenza che il mancato rifiuto viene interpretato come accettazione implicita o presunta. Questa Dottrina ritiene, quindi, che il contratto

unilaterale si intende concluso solo una volta scaduto il termine di cui all'art. 1333 c.c. e non nel momento in cui la proposta è conosciuta o conoscibile dalla controparte - destinatario. La ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. in termini di contratto o in termini di negozio unilaterale ha conseguenze anche in ordine ai requisiti formali in quanto, ove il contratto richieda particolari requisiti di forma, nessun problema sussiste ove si ricostruisca la fattispecie in termini di negozio unilaterale a rilievo bilaterale mentre più problematica risulta l'ammissibilità di questa forma di perfezionamento del contratto ove il contegno dell'oblatore sia interpretato come un'accettazione presunta o implicita. Tra i negozi formali, poi, ulteriori significative problematiche pone il contratto unilaterale con riferimento alla possibilità, contestata dai più, di ricorrere allo schema di cui all'art. 1333 cc per dare luogo ad atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali. A sostegno dell'ammissibilità si argomenta dal superamento del dogma dell'intangibilità della sfera dei terzi in favore di una versione temperata dello stesso principio secondo cui la sfera dei terzi sarebbe intangibile solo con riferimento agli effetti negativi. In tale prospettiva, si soggiunge, il negozio unilaterale ex art. 1333 cc potrebbe avere tale efficacia reale, producendo esclusivamente effetti accrescitivi del patrimonio dei terzi, salvo, in ogni caso, un rigoroso controllo causale (la sfera dei terzi sarebbe incisa negativamente dal contratto unilaterale, ad esempio per gli oneri fiscali solamente in via indiretta).

1.3. Il contratto imposto.

Il *contratto imposto*²⁸ è un ulteriore limite all'autonomia contrattuale di entrambe le parti. Si parla di contratto imposto quando, la conclusione dello stesso è imposta alle parti contraenti autoritativamente dalla legge al fine di tutelare superiori interessi. Questa fattispecie contrattuale ricorre quando, pubblici poteri determinano autoritativamente i prezzi di vendita di beni di largo consumo o le tariffe di pubblici servizi. In questi casi, gli interessi protetti sono tutti quelli connessi alla direzione pubblica dell'economia come il controllo pubblico del costo della vita, la lotta all'inflazione e l'incentivazione delle attività

²⁸ Il contratto imposto, quale limite dell'autonomia contrattuale, è trattato in: A. CATRICALA', "L'esame di diritto civile", 2015, p. 46 e ss.; M. BESSONE, op. cit., Torino, 2013, p. 76 e ss., G. VETTORI, "Trattato del contratto", Milano, 2006, p. 69 e ss.; E. GABRIELLI, "Contratto e contratti", Torino, 2011, p. 19 e ss.

produttive nazionali. Altre volte, l'autonomia contrattuale di entrambi i contraenti viene limitata, attraverso la stipulazione del contratto imposto, per proteggere il contraente più debole, come nel caso dell'equo canone imposto dalla legge per le locazioni urbane di immobili ad uso di abitazione. Ai sensi dell'art. 1339 c.c., l'aspetto giuridicamente più significativo del fenomeno è che, in via generale, «*le clausole contrattuali imposte dalla pubblica autorità sono automaticamente inserite nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi poste dalle parti.*» Le clausole contrattuali eventualmente contrarie alle determinazioni legali inderogabili sono nulle e sostituite con le clausole o i prezzi imposti dal legislatore o dall'autorità amministrativa. In questo modo, le parti restano vincolate tra di loro da un assetto disciplinare che non è più frutto esclusivo di autoregolamentazione²⁹. Le determinazioni autoritative concorrono, dunque, direttamente a formare il contenuto del contratto, ad integrarlo, laddove sia lacunoso, o a sostituire automaticamente le clausole difformi.

2. Il principio di equilibrio contrattuale come limite all'autonomia privata.

I contratti, stipulati quotidianamente sono, di norma, atti negoziali bilaterale o plurilaterale e sinallagmatici perché, la loro conclusione comporta a carico delle parti contraenti uno scambio di obblighi e diritti a prestazioni reciproche collegate tra loro da un rapporto di interdipendenza e reciprocità chiamato, appunto “*nesso sinallagmatico*”³⁰. Il sinallagma è il 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 e che va a costituire il punto di equilibrio raggiunto dalle parti in sede di formazione del contratto nella congiunta volontà di scambiarsi, appunto, diritti e obbligazioni attraverso il relativo scambio di una prestazione con una controprestazione. Il sinallagma si distingue in “*sinallagma genetico*”, il quale rappresenta il nesso che sussiste tra le prestazioni contrattuali al momento della

²⁹ F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 765 e ss.

³⁰ Sul nesso sinallagmatico contrattuale si menziona in maniera specifica: 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.

conclusione del contratto ed in “*sinallagma funzionale*” che indica la corrispettività delle prestazioni durante la vita del contratto. La mancanza del sinallagma genetico comporta l'impossibilità originaria della prestazione e dà luogo alla nullità dell'intero contratto mentre, l'assenza del sinallagma funzionale determina l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, ovvero la sua sopravvenuta eccessiva onerosità, che porta alla risoluzione del contratto. In definitiva, l'alterazione del nesso sinallagmatico determina uno squilibrio patologico del rapporto contrattuale che come tale risulterà inficiato da vizi. Questa affermazione permette di considerare il *principio di equilibrio contrattuale*³¹ come lo strumento che normalizza e stabilizza il rapporto negoziale e che pone un ulteriore limite alla autonomia privata delle parti che sono, inoltre, tenute ad assumere comportamenti di correttezza e buona fede nella materia delle trattative contrattuali³². L'equilibrio può, riferirsi tanto al *profilo normativo* del contratto, inteso come sintesi delle posizioni normative dei contraenti, come insieme delle regole e dell'assetto contrattuale allocativo di diritti, obbligazioni, oneri, responsabilità e rischi, quanto al *profilo economico*, che invece riguarda più specificamente il valore economico delle prestazioni oggetto di scambio. A tutela della proporzionalità tra le prestazioni e quindi dell'equilibrio economico il codice civile prevede una serie di rimedi quali la rescissione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, con la differenza che mentre nelle ipotesi rescissorie si tratta di uno squilibrio originario, presente già al momento della conclusione del contratto, nella ipotesi risolutoria si tratta di inadeguatezza verificatasi successivamente alla sua conclusione, in conseguenza di accadimenti obiettivi, imprevisi ed imprevedibili, che hanno alterato il valore delle prestazioni. Gli istituti della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità, però, denotano che non necessariamente le parti sono tenute ad elaborare un assetto di interessi in cui le diverse prestazioni abbiano un equivalente valore economico e che anche in presenza di prestazioni non equivalenti il contratto concluso

³¹ Tale principio viene trattato in: A. SPANGARO, “*L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*”, Torino, 2014; G. CHIODI, “*La giustizia contrattuale*”, 2009; M. GRONDONA, “*Diritto dispositivo contrattuale*”, Torino, 2011, p.118 e ss.; M. COSTANZA, “*Meritevolezza degli interessi e equilibrio contrattuale*”, 1987.

³² La buona fede, quale dovere generale di correttezza e reciproca lealtà di condotta nel rapporto e la correttezza sono infatti principi fondamentali a cui le parti devono attenersi fin dalla fase delle trattative e formazione dell'accordo, in relazione alle esigenze del mercato e ai principi di solidarietà umana e sociale.

deve essere eseguito, in ossequio al principio “*pacta sunt servanda*”. Anche la dottrina,³³ in questa ottica, ha considerato lo squilibrio economico tra le prestazioni irrilevante perché, in sede di formazione del contratto, domina un ulteriore principio secondo il quale ciascuno è libero di contrattare a condizioni a sé svantaggiose e vantaggiose per la controparte. La libertà riconosciuta alle parti di estendere l’alea normale del contratto o di trasformarlo in contratto aleatorio è ulteriore indice della inesistenza di un principio di equilibrio economico imperativo, idoneo, cioè, ad imporsi alle parti stesse. Nessuna norma di legge impone di uniformare le ragioni contrattuali dello scambio a oggettivi criteri di equivalenza economica fra le prestazioni. Su queste basi, al giudice, in linea di principio, non sarebbe consentito di sindacare l’equivalenza delle prestazioni e la congruità dello scambio contrattuale potendo queste essere determinate liberamente dalle parti in virtù della loro autonomia privata. In senso opposto si è pronunciata la giurisprudenza italiana che ha invece ravvisato nella sproporzione fra le prestazioni contrattuali la mancanza di un elemento essenziale del contratto, la causa.³⁴ Successivamente, la Cassazione stessa ha corretto il tiro, statuendo che lo squilibrio economico fra le prestazioni contrattuali non può determinare la nullità del contratto per mancanza di un requisito essenziale, se le parti, pur pattuendo la vendita di un bene ad un prezzo notevolmente inferiore rispetto al valore di mercato abbiano attribuito al bene compravenduto comunque un valore che permette di rilevare ed individuare il reale intento negoziale delle parti e l’effettiva configurazione ed operatività della causa del contratto.³⁵ La suprema Corte ha, dunque, definito lo squilibrio economico come una anomalia del contratto che non determina la nullità dello stesso per mancanza del requisito essenziale della causa, ma comporta un intervento del giudice finalizzato alla correzione, adeguamento e conservazione del contratto originariamente squilibrato.

³³ F. GALGANO, *op. cit.*, Padova, 2010, p. 527.

³⁴ Lo squilibrio contrattuale come causa della mancanza di un elemento essenziale del contratto, è affermato dalla Suprema Corte nelle sentenze: Corte Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in Foro it; Corte Cass., 26 febbraio 1968, n. 632, in Giust. Civ, 1968, p.1475.

³⁵ Con il passare del tempo la giurisprudenza ha ritenuto che lo squilibrio contrattuale non può essere causa di nullità del contratto. In tal senso deve essere ricordata la sentenza della Corte Cass., 28 agosto 1993, n. 9144, in Mass, Foro it.

3. L' intervento del giudice in caso di squilibrio contrattuale.

Alla luce di questi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, è possibile affermare che, attualmente, i casi di squilibrio contrattuale normativo ed economico non solo sono possibili, ma frequenti anche se non del tutto illegittimi perché appare logico ed evidente che nelle contrattazioni una parte cerchi di ottenere migliori condizioni, rispetto all'altra. Tuttavia, quando questi squilibri risultano essere eccessivi ed ingiustificati, e comportano una forte distorsione nel mercato, sembra sempre più opportuno l'intervento del giudice³⁶ finalizzato all'attuazione di una *tutela riequilibratrice*. L'intervento del giudice è estremamente necessario quando lo squilibrio contrattuale non è frutto di una libera scelta delle parti ma è il risultato derivante dalle condizioni contrattuali che il contraente più forte imposta al c.d. contraente debole. In questi casi il giudice interviene al fine di reprimere la condotta di abuso o approfittamento assunta da uno dei contraenti a danno dell'altro. L'intervento correttivo del giudice è finalizzato a garantire la libertà contrattuale del contraente debole il quale ha diritto di esercitarla in maniera piena autonoma ed incondizionata. Questa premessa, permette di considerare il principio di equilibrio contrattuale come diritto fondamentale del contraente debole a stipulare un contratto perfettamente equilibrato sia dal punto di vista normativo che economico. In queste ipotesi, il contraente vittima di gravi scorrettezze contrattuali che ha stipulato un contratto eccessivamente squilibrato ha il diritto di rivolgersi al giudice affinché questo intervenga per ripristinare l'equilibrio e porre fine alle scorrettezze. Il giudice chiamato ad intervenire deve in primis verificare se le parti hanno osservato il principio di buona fede o meglio deve verificare se il contraente c.d. forte abbia agito nella formazione, stipulazione e conclusione del contratto con correttezza e nel rispetto del dovere di buona fede. Esaminando, la giurisprudenza più recente, il dovere di buona fede non è più visto come clausola generale ed astratta e priva di contenuti concreti, ma effettivamente idonea a riequilibrare contratti vistosamente squilibrati. Il dovere di correttezza, invece, nel attuale sistema si pone come limite interno di ogni situazione giuridica attiva o passiva, contrattualmente attribuita. Il rispetto di questi doveri da parte dei contraenti indica la

³⁶ Sull'intervento del giudice in caso di squilibrio contrattuale, si tenga conto: N. LIPARI, P. RESCIGNO, *op. cit.*, Torino, 2009, p. 643 e ss.; F. VOLPE, "Giustizia contrattuale tra autonomia e mercato", Napoli, 2004; A. D'ANGELO, P. G. MONATERI, A. SOMMA, "Buona fede e giustizia contrattuale", 2005.

strada corretta da percorrere per ottenere un equilibrio contrattuale sostanziale. La buona fede costituisce perciò il principio cardine che le parti devono sempre rispettare, nella disciplina contrattuale, poiché essa ha valore conformativo della regola pattizia, nel senso che essa è idonea, nel caso di squilibri ingiustificati, a riequilibrare il contratto. Se il giudice accerta il non rispetto dei doveri di correttezza e buona fede tra le parti ha, esso stesso, il dovere di intervenire nel contratto per integrarlo ai sensi dell'art. 1374 c.c. al fine di stabilire l'equilibrio. Si può conclusivamente affermare che la giurisprudenza, non solo italiana, ha affermato il valore integrativo della buona fede, intesa come regola necessaria al riequilibrio degli interessi contrattuali in gioco.³⁷ Il giudice in questi casi, esercita il potere correttivo finalizzato al ripristino dell'equilibrio secondo *equità*. L'equità è lo strumento che permette di effettuare un controllo giudiziale sulle contrattazioni private ed un mezzo idoneo a ristabilire l'equilibrio contrattuale. Sia la buona fede, sia l'equità sono oggi i principi cardine che il giudice deve applicare per sindacare il contratto eccessivamente sproporzionato. La sola differenza che si può evidenziare tra i due strumenti è costituita dal fatto che la buona fede costituisce il principio teorico, che il giudice deve tenere sempre presente per valutare l'equilibrio di un contratto, mentre l'equità rappresenta il mezzo pratico per dare giustizia nel caso concreto, costituendo la modalità tecnica che il giudice impiega per effettuare il suo intervento correttivo.

4. L'intervento delle parti in caso di squilibrio contrattuale alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale.

Alla luce del principio generale della incensurabilità dell'autonomia contrattuale e del principio di sussidiarietà orizzontale, il legislatore italiano e comunitario hanno riconosciuto alle parti contraenti alcuni rimedi e strumenti che permettono di porre fine, alla condotta di abuso assunta da una delle parti a danno dell'altra che ha causato lo squilibrio e l'ingiustizia del contratto. Secondo il *principio di sussidiarietà orizzontale*³⁸,

³⁷ Sul valore integrativo della buona fede: C. M. NANNA, "Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice", Padova, 2010, p.225. R. LANZILLO, "La proporzione fra le prestazioni contrattuali", Padova, 2003, p. 174 e ss.; F. GALGANO, "Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte", Padova, 1997, p. 418 e p. 419.

³⁸ Il principio di sussidiarietà orizzontale è specificato in: M. NAPOLI, G. ARRIGO, A. D'ANDREA, B. SITZIA, T. TREU, "Principio di sussidiarietà. Europa – Stato sociale", Milano, 2003; G. C. DE MARTIN, "Sussidiarietà e

il soggetto, inteso come essere umano, è pienamente responsabile del proprio sviluppo e della propria promozione. In tal senso la sussidiarietà è innanzitutto principio di autonomia del singolo e delle articolazioni sociali all'interno dello Stato. Quest'ultimo deve riconoscere e rispettare l'autonomia privata dell'individuo e deve porre le condizioni di stabilità e sicurezza affinché questa possa manifestarsi e realizzarsi. L'articolo 118 della Costituzione italiana dispone che "*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.*" Sulla base di una interpretazione estensiva di questa disposizione costituzionale è possibile ritenere il principio di sussidiarietà orizzontale come quello strumento che permette di favorire l'iniziativa economica dei privati. Secondo il principio di sussidiarietà orizzontale, il potere di regolare i rapporti privati spetta in via prioritaria ai diretti interessati. Lo Stato interviene, quindi, sussidiariamente quando i soggetti non sono in grado di raggiungere, da soli, in modo sufficiente ed equilibrato il compimento dei propri interessi. Nel nostro sistema l'autonomia privata non ha più un ruolo subordinato e secondario rispetto al potere pubblico di normazione, ma a seguito dell'introduzione di questo principio, assume nella disciplina dei rapporti di natura privatistica, un ruolo principale³⁹. Tutto ciò comporta una espansione del potere di autoregolamentazione dei privati ed un ridimensionamento di quello normativo pubblico. Sulla base di questa premessa è possibile individuare i rimedi che il legislatore riconosce alle parti contraenti al fine di ottenere la cessazione dello *squilibrio contrattuale*. Il primo strumento è la *rescissione del contratto* ovvero lo scioglimento del contratto. L'articolo 1447 c.c., comma 1, dispone che: «*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 sulla domanda della parte che si è obbligata*». Una prima causa di rescissione è lo *stato di pericolo* che ricorre quando una parte, per contratto, assume obbligazioni a condizioni inique, ossia con forte sproporzione tra il valore di ciò che dà e

democrazia”, 2009; A. BATTISTA, “*Il principio di sussidiarietà nel diritto italiano e comunitario*”, 2006, p. 51 e ss.; L. GRIMALDI, “*Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*”, 2006.

³⁹ Il principio di sussidiarietà, attualmente assume un ruolo rilevante nel diritto privato. Ciò viene confermato in: M. NUZZO, “*Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*”, Torino, 2015.

di ciò che riceve, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona. In questi casi il contraente danneggiato dalla iniquità contrattuale può rivolgersi al giudice al fine di ottenere la rescissione del contratto. Ai sensi del comma 2 dell'art.1447 c.c. Il giudice nel pronunciare la rescissione, può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all' altra parte per l'opera prestata. L'articolo 1448 c.c., comma 1, dispone che: «*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*». Una Seconda causa di rescissione è l'ipotesi, più frequente, di contratto concluso in *stato di bisogno*. Se c'è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dalla situazione, anche momentanea, di bisogno economico di una parte, della quale l'altra ha approfittato, la prima può chiedere la rescissione del contratto. Lo stato di bisogno viene inteso come motivo dell'accettazione della sproporzione fra le prestazioni. La legge fissa però un criterio per stabilire quando c'è la sproporzione fra le prestazioni e, quindi, la lesione ossia il danno per la parte che ha contratto in stato di bisogno. Occorre, infatti, una lesione oltre la metà nel senso che la prestazione ricevuta deve essere inferiore alla metà del valore che la prestazione eseguita aveva al tempo del contratto; e questa sproporzione deve perdurare fino al momento in cui è proposta l'azione di rescissione. Questo tipo di rescissione detta per lesione non può essere domandata per i contratti aleatori e per i contratti a titolo gratuito. Non è ammesso considerare rilevante, oltre che lo stato di bisogno del contraente, anche lo stato di bisogno altrui. Infine la parte contro cui è chiesta la rescissione del contratto può evitarla offrendo di modificare le condizioni del contratto in modo da ricondurle ad equità. Queste cause di rescissione, sono da considerare come difetti genetici del contratto che incidono sulla sua formazione ma non sulla esecuzione. Tuttavia la legge le considera come cause di scioglimento del rapporto contrattuale, assimilandole alle cause di risoluzione piuttosto che a quelle di annullamento del contratto. Altro strumento che permette di porre fine allo squilibrio contrattuale e la *risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*⁴⁰. L'art. 1467

⁴⁰ Nello specifico si rimanda a: E. GARIELLI, "Trattato di diritto privato": *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*", Torino, 2012, V. ROPPO, *op. cit.*, Milano, 2006, p. 683 e ss.; E. NAVARETTA, A. ORESTANO, *Dei contratti in generale*", Milano, 2011; G. DIGIANDOMENICO, D. RICCIO "I contratti speciali: I contratti aleatori", Torino, 2005, p. 106 e ss.; A. TORRENTE. P. SCHLESINGER, "Manuale di diritto privato", Torino, 2009, p. 632 e ss.

c.c. stabilisce che l'efficacia del contratto può essere rimossa se l'equilibrio patrimoniale che esso riflette si altera in modo da rendere eccessivamente onerosa la prestazione di una parte, se ciò è l'effetto di avvenimenti straordinari ed imprevedibili. La disposizione normativa fa riferimento ad i contratti la cui esecuzione è destinata a protrarsi nel tempo. Può accadere che, nel tempo intercorrente fra il momento della conclusione del contratto e quello della esecuzione di una delle prestazioni, sopraggiungano avvenimenti straordinari e imprevedibili per effetto dei quali la prestazione di una delle parti diventi eccessivamente onerosa rispetto al valore della prestazione dell'altra. In questi casi la parte che deve la prestazione diventata eccessivamente onerosa può domandare la risoluzione giudiziale del contratto; e l'altra parte, se vuole evitare la risoluzione, può offrire di modificare equamente le condizioni contrattuali, ad esempio riducendo l'ammontare della prestazione diventata eccessivamente onerosa oppure accrescendo l'ammontare della propria prestazione. L'onerosità sopravvenuta è eccessiva quando comporta un forte squilibrio tra il valore economico delle due prestazioni rendendo il contratto iniquo per una delle parti. Tuttavia, ai sensi del codice civile, per poter risolvere il contratto, occorre che questo non sia ancora stato eseguito quando sopraggiunge l'evento straordinario ed imprevedibile. Ai sensi dell'art. 1467 c.c. comma 1, la risoluzione può essere domandata dalla «parte che deve» e che, quindi, non ha ancora eseguito la prestazione divenuta eccessivamente onerosa. Lo squilibrio fra le prestazioni deve, inoltre, dipendere da un evento straordinario ed imprevedibile. Non sono tali quegli eventi che rientrano nella cosiddetta alea normale del contratto, ossia nei rischi insiti nella contrattazione, cioè rischi che ogni contraente si assume al momento della conclusione del contratto che, come tali, non permettono di domandare la risoluzione del contratto. Anche le norme sulla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità non si applicano ai contratti aleatori.⁴¹ Nel corso di questi anni, anche il legislatore europeo ha introdotto rimedi che permettono al contraente, che subisce lo squilibrio contrattuale, di porre fine a tale fenomeno ed ottenere l'annullamento del contratto. L'art. 4:109 dei *Principles of european contract law* elaborati dalla Commissione di diritto europeo dei contratti sotto la direzione di O. Lando e H. Beale,

⁴¹ Sono i contratti nei quali un contraente si obbliga ad una prestazione, ma è incerto, al momento della conclusione del contratto, se gli sarà dovuta la controprestazione; accetta, perciò, il rischio di dover eseguire la propria prestazione senza ricevere nulla in cambio. Sono aleatori anche quei contratti per i quali, risulta incerta, al momento della loro conclusione, l'entità della controprestazione: G. DIGIANDOMENICO, D. RICCIO *op. cit.*, Torino, 2005,

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.»* Frequente è, poi, il riferimento nei *Principles of european contract law* alla buona fede e correttezza visti come strumenti che hanno la funzione di integrare ed equilibrare il contratto. Con il rispetto di tali doveri le parti autointegrano il contratto al fine di renderlo equilibrato. Equilibrio che il contratto non ha in partenza, ma che è interno nel regolamento stesso come potenzialità inespressa; una potenzialità che la buona fede consente di tradurre in atto mediante un percorso del tutto peculiare, cooperando con la volontà delle parti in modo da far emergere l'assetto degli interessi nei suoi aspetti non espressamente divisati, rispettando ciò che le parti avrebbero scelto se vi avessero provveduto da sé. La buona fede, in qualità di strumento di esaltazione dell'autonomia privata, realizza *l'intervento c.d. interno* delle parti contraenti sul regolamento contrattuale al fine di rendere il contratto stesso conforme ai principi di equilibrio e proporzionalità, evitando così il ricorso al giudice. Infine *l'art. 3.10 dei principi Unidroit dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, 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».*

CAPITOLO III°

L'interpretazione e l'integrazione del contratto operate dai giudici

1. La distinzione tra interpretazione ed integrazione del contratto.

L'interpretazione⁴² e l'integrazione del contratto⁴³ sono meccanismi e fonti eteronome che premettono di determinare e costruire il regolamento contrattuale. *L'interpretazione contrattuale* è l'insieme delle attività dirette ad accertare il significato giuridicamente rilevante delle espressioni usate nel testo del contratto. Nella applicazione delle regole contenute in un contratto spesso possono sorgere dubbi circa la loro interpretazione. Può accadere, ad esempio, che le parti si trovino in disaccordo su quanto stabilito in merito al luogo di pagamento, perché l'atto parla del solo domicilio del creditore, senza specificare se sia possibile utilizzare anche la residenza. Tale questione non è senza rilievo, perché è possibile che le parti si siano riferite in modo generico al domicilio, volendo comprendere anche la residenza. Può quindi sorgere un problema di interpretazione, e se rimane il disaccordo circa il contenuto dell'atto, sarà necessario ricorrere alle norme del codice per dirimere la questione. L'interpretazione del contratto è quel procedimento ermeneutico diretto dal giudice, al fine di attribuire il corretto significato alla pattuizione intercorsa fra le parti e alla determinazione dell'intento pratico perseguito dalle stesse. L'interpretazione del regolamento contrattuale è un meccanismo costituito da un complesso di indagini e valutazioni di fatto che il giudice di merito effettua, nel rispetto delle disposizioni normative contenute all'interno del codice civile, al fine di attribuire il corretto significato al testo del contratto. Lo scopo che il giudice si prefigge di raggiungere con questo strumento è l'individuazione precisa degli effetti giuridici dell'accordo

⁴² Sulla interpretazione del contratto da notare: 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, p. 61 e ss.; M. BESSONE, "La disciplina generale del contratto", Torino, 2013 p. 175 e ss.; M. C. DIENER, *op. cit.*, 2010, p. 493 e ss.; F. CAROCCIA, "L'interpretazione del contratto. Il modello dei principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali e confronto con le esperienze nazionali", 2006.

⁴³ In merito alla integrazione contrattuale si veda: C. M. NANNA, *op. cit.*, 2010, p. 3 e ss.; F. ZICCARDI, "L'integrazione del contratto", 1969; M. BARCELLONA, "Un breve commento sull'integrazione del contratto", 1988. M. FRANZONI, "Degli effetti del contratto: Integrazione del contratto, suoi effetti reali ed obbligatori", Milano, 2013, p. 3 - p. 67.

raggiunto dalle parti contraenti andando, eventualmente, al di là del mero significato letterale delle parole e delle frasi usate per la composizione del documento contrattuale. L'interpretazione del contratto consiste, quindi, nell'indagare e ricostruire il significato da attribuire alle dichiarazioni delle parti nel rispetto di norme giuridiche. Con questo strumento il giudice mira a scoprire quale significato deve essere attribuito a eventuali espressioni non chiare, usate dalle parti al momento della conclusione del contratto, che possono portare a dubbi in fase di esecuzione. Il Codice civile detta i criteri che vanno seguiti quando il significato delle espressioni usate dai contraenti appare oscuro. L'art. 1362 c.c. dispone che: *«Nell' interpretare il contratto si deve 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.»* Il comportamento in esame non è solo quello giuridico, cioè relativo al profilo tecnico del contratto, ma anche quello non giuridico. Inoltre, non si devono considerare solo le condotte che le parti hanno assunto precedente alla stipulazione del contratto, cioè quelle assunte nelle trattative contrattuali al fine di formulare proposta ed accettazione, ma anche quelle successive come, ad esempio, le condotte adottate nel dare esecuzione all'accordo. L'art.1362 c.c., in tema di interpretazione contrattuale, rappresenta la *“norma principio”* perché evidenzia come l'interpretazione è quel meccanismo che permette al giudice di merito di fissare il contenuto e ricostruire il significato delle dichiarazioni e dei comportamenti assunti dalle parti, tenendo conto sia dei fatti antecedenti che successivi la stipula del contratto. Ci si chiede se il comportamento precedente alla stipulazione del contratto deve essere rilevato anche se non è compatibile con il testo del contratto concluso. Al riguardo può osservarsi che oggetto della interpretazione rimane sempre la manifestazione conclusiva della volontà contrattuale. Dunque, in caso di contrasto tra il testo finale dell'accordo e le indicazioni delle trattative prevale il primo. È possibile, tuttavia, che il significato letterale del testo tradisce l'accordo e la volontà comune dei contraenti⁴⁴. In questo caso è l'intesa raggiunta che prevale sul testo. La valenza interpretativa delle trattative è quindi, circoscritta e limitata al profilo della identificazione della natura e dell'oggetto del contratto definitivo

⁴⁴ Tale evenienza trova riscontro anche quando le parti procedano a redigere più esemplari originale del documento contrattuale, e questi risultino divergenti. Si tratta allora di accertare quale documento si sia allontanato dal testo concordato.

mentre per quello della determinazione ed interpretazione del contenuto delle singole pattuizioni occorre far riferimento solo al contratto stesso che assorbe convenzioni preliminari e trattative precontrattuali. Secondo una consolidata linea di pensiero,⁴⁵ la nozione di interpretazione contrattuale deve, innanzitutto essere distinta dal concetto di *qualificazione* dell'atto di autonomia contrattuale e soprattutto di *integrazione contrattuale*. La *qualificazione*⁴⁶ o valutazione giuridica è lo strumento che permette di qualificare il contratto, il procedimento che mira ad identificare l'astratto tipo contrattuale cui sussumere il concreto contratto, in vista dell'assoggettamento del secondo alla disciplina del primo. Il giudice deve procedere alla qualificazione del contratto, anche quando manca una conforme domanda della parte, e anche se, al momento della conclusione, le parti hanno diversamente qualificato il contratto. La qualificazione del contratto è sottratta alla volontà delle parti. La Corte di Cassazione scompone l'operazione in due fasi, la prima consiste nell'individuazione della comune intenzione delle parti, l'altra riguarda l'inquadramento della fattispecie nello schema legale corrispondente. Questa seconda fase viene ulteriormente scomposta nella descrizione del modello della fattispecie giuridica e giudizio sulla rilevanza giuridica qualificante degli elementi di fatto in concreto accertati. Il procedimento di qualificazione ha, in ultima analisi, lo scopo di determinare gli effetti del negozio interessato ed i risultati che le parti nel concluderlo si sono prefisse, o avrebbero dovuto prefiggersi. *L'integrazione del contratto* è la costruzione del regolamento contrattuale ad opere di fonte eteronome, cioè diverse dalla volontà delle parti. È un fenomeno complesso che ha funzione di completamento perché serve ad ovviare a lacune emergenti dal testo contrattuale. L'integrazione si differenzia radicalmente dall'interpretazione in quanto, mentre quest'ultima ha per fine quello di chiarire il significato delle disposizioni negoziali usate dalle parti mediante applicazione di particolari regole predeterminate dal codice, la prima è diretta ad applicare al contratto una disciplina di provenienza aliena, ossia non voluta, né espressamente né tacitamente, dalle parti.

L'alienità della disciplina integrativa, comunque, non comporta il venir meno della contrattualità del vincolo che lega le parti che, pertanto, continuano ad essere unite da un vincolo espressione del potere di autonomia negoziale, anche se, per taluni aspetti,

⁴⁵ Nello specifico: C. M. BIANCA, "Diritto civile": "Il contratto", Milano, 2005, p. 378 e ss.

⁴⁶Per una maggiore conoscenza dell'attività di qualificazione del contratto si rimanda: A. MASSIRONI, "La qualificazione del contratto nel diritto comune", 2012; M. CAPODANNO, *op. cit.*, Padova, 2006, p. 1 e ss.

“*limitato*” proprio dalle disposizioni integrate. L’integrazione contrattuale presuppone la presenza di una lacuna del regolamento contrattuale non suscettibile di essere colmata mediante il ricorso alle regole legali di interpretazione. Talvolta l’effetto integrativo, però, si verifica anche in assenza di una lacuna negoziale, ed in particolare nei casi in cui la legge prevede l’inderogabilità di alcune disposizioni poste a presidio di interessi generali o dell’ordine pubblico. In tema di integrazione contrattuale occorre menzionare l’art.1374 c.c. che costituisce la principale base normativa, infatti dispone che: “*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.*” Da tale disposizione normativa si evince che il contratto, pur essendo un atto di autonomia negoziale, vincola le parti contraenti non solo a ciò che hanno convenzionalmente stabilito nel regolamento contrattuale, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, gli usi o l’equità. La legge, gli usi e l’equità possono cioè concorrere a determinare il contenuto della *lex contractus*, operando quali fonti di integrazione del negozio giuridico. Su tali basi occorre distinguere l’integrazione in suppletiva e cogente. *L’integrazione suppletiva*⁴⁷, determina il contenuto del contratto nel caso di lacune ovvero nei casi in cui non vi sia una espressa previsione delle parti.⁴⁸ Tende a coprire le eventuali lacune presenti nella disciplina pattizia elaborata dalle parti qualora i contraenti abbiano cioè omesso di regolare un determinato aspetto del loro rapporto, la disciplina di tale aspetto del rapporto viene individuata attraverso il ricorso ad una fonte eteronoma. Operano quali fonti di integrazione suppletiva del contratto, innanzitutto, la legge attraverso quelle disposizioni qualificate come norme dispositive o derogabili, gli usi, che vengono applicati solo se la lacuna del regolamento contrattuale non può essere colmata attraverso il ricorso ad una norma di legge ed infine l’equità. Qualora la carenza presente nel contenuto del negozio non può essere superata attraverso il ricorso ad una disposizione di legge o ad una norma consuetudinaria, spetta al giudice concorrere a determinare la *lex contractus* attraverso una valutazione equitativa, ispirata cioè al criterio della giustizia del caso singolo.

⁴⁷ Per ciò che concerne il concetto di integrazione suppletiva: C. M. NANNA, *op cit.*, 2010, p. 4; S. PAGLIATINI, G. D’AMICO, “*Nullità per abuso e integrazione del contratto*”, Torino, 2013, p. 216 e ss.; G. VETTORI, *op. cit.*, 2006, p. 392 e ss.; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, “*Manuale di diritto civile*”, “*Il contratto*”, 2008, p. 649; F. CIACCAFAVA, “*Contratti*”, Milano, 2012, p. 61; F. BOCCHINI, E. QUADRI, *op. cit.*, Torino, 2016, p. 951 e ss.

⁴⁸ C.M. Bianca *op. cit.*, Milano, 2005, p. 499.

L'integrazione suppletiva introduce regole nel contratto che sono coerenti alla logica, agli equilibri e alle scelte risultanti dall'accordo delle parti. Essa è "amica" dell'autonomia privata anche se questa risulta essere espressa in maniera in completa. L'integrazione suppletiva, dunque, va a sostenere l'autonomia privata ma tuttavia tale sostegno è solo eventuale e subordinato perché l'integrazione suppletiva si ritira di fronte ad una determinazione volontaria completa. *L'integrazione cogente*⁴⁹ non supplisce un accordo mancante, bensì si sovrappone ad un accordo esistente fra le parti, ma disapprovato dall'ordinamento giuridico perché in contrasto con interessi o valori sovraordinati. In questo caso i contenuti contrattuali, benché voluti dalle parti vengono espulsi dal regolamento. L'integrazione cogente va a determinare coattivamente il rapporto contrattuale nonostante le parti lo abbiano regolato diversamente. L'integrazione cogente può essere considerata «*antagonista*» all'autonomia privata in quanto sacrifica la libertà contrattuale in nome di interessi superiori e rende il regolamento contrattuale conforme a detti interessi. Fonte dell'integrazione cogente sono, essenzialmente, le norme imperative. In tal senso l'art. 1339 c.c. dispone la sostituzione legale delle clausole vietate con quelle imposte dalla legge, impedendo così che la nullità di singole clausole determini l'invalidità dell'intero negozio. Occorre, poi, distinguere diversi modi in cui le norme imperative possono incidere sul regolamento contrattuale perché la norma può avere funzione meramente proibitiva, come quando vieta tout court che il contratto abbia certe caratteristiche⁵⁰. In questo caso la norma distrugge l'intero contratto che risulta totalmente nullo, senza far sorgere problemi di integrazione. In altri casi la norma ha funzione conformativa, nel senso che non distrugge il contratto nel suo insieme, ma né modifica il solo regolamento contrattuale realizzando proprio l'integrazione cogente. Ciò può avvenire in due modi: in modo indiretto, se la norma vieta un determinato contenuto contrattuale senza porre in gioco un contenuto alternativo; o in maniera diretta se la norma non si limita solo a cancellare la clausola contrattuale contraria ma la modifica al fine di renderla conforme. L'integrazione del contratto, inoltre, allo stesso tempo può avere sia funzione suppletiva che cogente; la partizione, dunque non è considerata alternativa. Infine va

⁴⁹ Sulla nozione di integrazione cogente: A. COSTAGLIOLA, L. NACCIARONE, "Compendio di diritto civile", 2014, p. 485 e ss.; V. ROPPO, *op. cit.*, Milano, 2011, p. 471 e ss.

⁵⁰ Ad esempio sono vietati contratti di trasferimento di beni immobili affetti da irregolarità urbanistiche e l'art.1471 c.c. vieta la vendita di determinati beni a determinati soggetti.

ricordato che, gli effetti dell'integrazione sono effetti contrattuali la cui violazione costituisce ai sensi dell'art.1218 c.c. inadempimento contrattuale.

2. Le regole dell'interpretazione contrattuale.

Le regole legali di interpretazione⁵¹ sono vere e proprie norme giuridiche la cui applicazione è demandata, in primo luogo, direttamente alle parti contrattuali e, in seconda battuta, alla magistratura qualora vengano in rilievo all'interno di una controversia giurisdizionale. La loro violazione da parte del giudice di merito comporta la censurabilità della relativa pronuncia in sede di giudizio di legittimità. Occorre però sottolineare come ciò che la Corte di Cassazione può censurare non è tanto l'interpretazione concretamente operata da questo, e ciò in quanto si tratta di un giudizio di fatto proprio della fase di merito e, come tale, non censurabile in sede di legittimità ma, bensì, la violazione delle disposizioni codicistiche in materia di interpretazione. Le regole di interpretazione contrattuale sono, quindi, indicate dal legislatore e distinte in un duplice ordine. È opportuno suddividere le regole di interpretazione in regole di interpretazione soggettiva e regole di interpretazione oggettiva. Il primo complesso di regole si basa sulla ricerca della comune intenzione delle parti. L'art 1362 c.c. afferma che nell'interpretare il contratto, si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti, e non limitarsi al senso letterale delle parole. I criteri legali di interpretazione soggettiva hanno come fine quello di determinare la specifica volontà delle parti. La norma in questione mette in luce due orientamenti generali che coesistono fra di loro. Il primo orientamento considera il senso letterale delle parole il criterio fondamentale e prioritario, con la conseguenza che, ove le espressioni usate nel contratto sono di chiara ed inequivoca significazione, la ricerca della

⁵¹ Sulle regole di interpretazione del contratto, nello specifico si tenga conto: M. BALLARONI, R. DE ROSA, S. MEZZANOTTE, *“Diritto civile”*, 2010, p. 509; A. D'ANGELO, V. ROPPO, *“Annuario del contratto”*, Torino, 2012, p. 280 e ss.; E. NAVARETTA, A. ORESTANO, op. cit., 2011, p. 369 e ss.; A. GENTILI, *“Senso e consenso: Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti”*, Torino, 2015, p. 426 e ss.; M. SANTISE, *“Coordinate ermeneutiche di diritto civile”*, Torino, 2016, p. 451 e ss.; F. CARINGELLA, *“Contratti. Normativa e giurisprudenza ragionata”*, 2008, p. 411 e ss.

comune volontà è esclusa.⁵² Il secondo orientamento afferma che 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. Secondo questo orientamento, la ricerca della comune intenzione delle parti può dirsi conclusa, ma non esclusa, quando le espressioni usate sono di chiara ed univoca significazione.⁵³ La legge, inoltre fornisce alcuni criteri che permettono al giudice di scoprire la reale intenzione delle parti al di là delle parole. Un primo criterio, di carattere storico, è quello secondo il quale occorre valutare il comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto. Gli altri criteri di interpretazione soggettiva hanno carattere logico. Per l'art.1363 c.c. occorre interpretare le singole clausole del contratto le uno per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il significato che risulta del complesso dell'atto. In questo modo l'intenzione delle parti viene riconosciuta considerando il contratto nel suo insieme, ed il significato letterale di una singola clausola può apparire contrario all'intenzione delle parti se la clausola stessa viene intesa alla luce dell'intero regolamento contrattuale. l'art.1364 c.c. dispone, poi, che per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare; l'art.1365, infine, adotta simmetrico criterio per le espressioni esemplificative, in quanto tali non preclusive dell'applicazione delle clausole che le utilizzano ad altri casi, secondo ragione. La regola generale di interpretazione oggettiva è indicata dall'art.1366 c.c. secondo il quale, il contratto deve essere interpretato secondo buona fede. Questa regola impone di dare al contratto il significato che le parti andrebbero ad attribuire al contratto stesso se avessero assunto in concreto comportamenti corretti e leali. Altre regole di interpretazione oggettiva prescindono dalla intenzione delle parti e valgono per le c.d. clausole ambigue, ossia le clausole contrattuali alle quali si possono attribuire più sensi. Significativa è la norma dell'art.1369 il quale 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. Si dà così rilievo alla oggettiva funzione economica e sociale di quel tipo di contratto ed alla oggettiva destinazione economica del bene dedotto in contratto. Deve essere poi menzionato il principio della

⁵²Al riguardo la giurisprudenza italiana fa riferimento alla sentenza della Corte Cass. 29 settembre 2005, n.19140, in Mass. Foro it.

⁵³Nell'ambito di ciò si rinvia alla sentenza della Corte Cass., 25 febbraio 1982, n. 1198, in Mass. Foro it.

conservazione del contratto che stabilisce appunto che la clausola si interpreta nel senso in cui è valida o è efficace, anziché in quello per il quale sarebbe invalida o inefficace. È opportuno menzionare, altresì, l'art.1368 c.c. secondo il quale la clausola ambigua si interpreta secondo ciò che generalmente si pratica nel luogo in cui il contratto è stato concluso. Il comma 2 dell'art.1368 c.c. precisa però che se uno dei contraenti è un imprenditore, le clausole ambigue si interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è situata la sede dell'impresa. Nell'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. Infine, se il contratto rimane ancora oscuro, si applicano ulteriori regole ad esempio: 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. 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. Tuttavia recentemente la giurisprudenza della Cassazione ha fatto del canone oggettivo della buona fede nella interpretazione del contratto un criterio di interpretazione correttiva del testo contrattuale, e ciò anche quando l'interpretazione delle clausole che concorrono alla formazione del testo negoziale, compiuta sulla base del senso letterale delle parole, conduce a risultati di certezza.

3. Le fonti dell'integrazione del contratto e le teorie tradizionali.

Nel paragrafo precedente sono state analizzate le regole sulla interpretazione del contratto che si applicano in caso di dubbi sul regolamento contrattuale. Ci occupiamo, ora, di un caso apparentemente simile ma, in realtà, molto diverso l'integrazione del contratto. *L'integrazione del contratto* è quel fenomeno giuridico che, a differenza della interpretazione contrattuale che si espleta quando c'è un contratto con la presenza di clausole dubbie o ambigue da interpretare, si attiva quando il contratto manca di clausole che, però, devono essere necessariamente inserite. L'art. 1374 c.c. afferma che *«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». Con questa disposizione normativa il legislatore indica in maniera concreta le fonti dell'integrazione del contratto ovvero la legge, gli usi e l'equità. Il regolamento contrattuale, dunque, non è solo il frutto dell'accordo delle parti ma, è piuttosto, la risultante di una pluralità di fonti. La prima fonte di integrazione⁵⁴ del contratto è la "Legge". Oltre alla disposizione codicistica in questione, esistono ulteriori disposizioni normative che attribuiscono alla legge il potere di modificare il regolamento contrattuale predisposto dalle parti contraenti. L'art.1339 c.c. ad esempio, prevede l'inserzione automatica di clausole, dei prezzi di beni o dei servizi imposti dalla legge, anche in sostituzione delle clausole difformi da quelle apposte dalle parti. L'art. 1419 c.c., comma 2, prevede la sostituzione di diritto delle norme imperative con le clausole contrattuali nulle, così evitando la declaratoria di nullità dell'intero contratto. In queste ipotesi, la legge, non solo dichiara la nullità delle singole clausole, ma provvede anche alla loro sostituzione con altre di determinazione legale ribaltando, così l'autonomia privata delle parti. La volontà della legge si sostituisce alla volontà dei privati ed il regolamento contrattuale diviene l'esito del concorso delle determinazioni convenzionali e legali. Così facendo il contratto continua a vivere, ma nel modo conformato dall'ordinamento. La *ratio* di queste norme giuridiche legittima a pensare non solo ad una vera e propria sostituzione di clausole contrattuali con altre volute e imposte dall'ordinamento giuridico, ma anche la semplice eliminazione di clausole nulle senza alcuna sostituzione. Il codice civile, con queste disposizioni, prevede la c.d. *integrazione imperativa*. La legge va, così, a regolare il rapporto contrattuale intercorrente tra le parti, che sfugge alla volontà dei contraenti perché la violazione della regola introdotta nel regolamento contrattuale dalla legge stessa produce una responsabilità contrattuale delle parti che non vi adempiono. Va ricordato che l'integrazione imperativa, può comportare la modifica del regolamento contrattuale anche nell'ipotesi in cui il rapporto contrattuale sia già in fase di esecuzione. Oltre alla legge anche i *regolamenti* possono produrre norme imperative, suppletive o dispositive idonee,

⁵⁴ La materia delle fonti di integrazione del contratto è ben trattata da: 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, p. 1019 e ss.; A. CATAUDELLA, "Sul contenuto del contratto", Milano, 1967, p. 148 e ss.; F. ZICCARDI, "L'integrazione del contratto", 1969, p. 108 e ss.

rispettivamente, ad integrare il contenuto del contratto anche in contrasto con la volontà dei contraenti ad integrare il contenuto del contratto con clausole non previste dalle parti e ad integrare il contenuto di clausole contrattuali per aspetti non specificamente disciplinati. Difatti, il termine «legge» 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.⁵⁵ Anche i principi sono, pertanto, idonei ad integrare il contratto; questo vale anzitutto per i principi costituzionali che possiedono una efficacia normativa diretta che gli permette di integrare anche il regolamento contrattuale. In mancanza della legge, operano come fonti di integrazione del contratto “*gli Usi e l’Equità*”⁵⁶. Il riferimento agli usi in funzione integrativa del contratto è espresso con due disposizioni: il già citato, art.1374 c.c. che fa riferimento agli *usi normativi* intesi come pratiche generali compiute con la convinzione di osservare un precetto giuridico. L’altra disposizione è costituita dall’art.1340 c.c. secondo cui le “*clausole d’uso s’intendono inserite nel contratto se non risulta che non sono state volute dalle parti*”. Questa norma giuridica prevede i c.d. *usi negoziali* e cioè le pratiche comportamentali diffuse, anche se circoscritte ad una sola zona, nella consapevolezza di non osservare una regola giuridica. Gli usi normativi sono fonti di diritto e dunque operanti anche contro la volontà delle parti, mentre gli usi negoziali non essendo fonti del diritto non possono mai operare contro la volontà delle parti. Gli usi negoziali o interpretativi, quindi, costituiscono un mezzo di chiarimento e di interpretazione della volontà delle parti e di integrazione della medesima solo quando questa è espressa in maniera ambigua. La rilevanza giuridica dell’uso negoziale risulta operante ed emerge in molti settori della pratica commerciale anzi in questi contesti contrattuali gli usi negoziali costituiscono una vera valvola dell’ordinamento in grado di assicurare dinamismo ai rapporti giuridici costituiti mediante contratto e soprattutto svolgono un ruolo prezioso nell’ambito delle contrattazioni atipiche rispetto alle quali manca per definizione una disciplina normativa. L’uso negoziale trova il suo humus con riferimento a quelle materie o settori di materie non coperte da riserva di

⁵⁵ Sulla nozione di legge, come fonte di diritto ed integrazione contrattuale si rimanda a: P. PERLINGIERI, “*il diritto civile nella legalità costituzionale*”, 2006, p. 545.

⁵⁶ Il profilo degli usi e dell’equità, come fonti di integrazione contrattuale, viene esplicitamente esaminato in: A. CATAUDELLA, “*I contratti*”, Torino, 2014, p. 278 e ss.; E. E. DEL PRATO, “*Le basi del diritto civile*”, Torino, 2014, p. 43 e ss.; C. RUPERTO, “*La giurisprudenza del codice civile. Coordinata con la dottrina*” in “*Delle obbligazioni*”, Milano, 2011, p. 156 e ss.

legge o non regolate dagli usi normativi. Va ricordato, poi, che quando l'uso negoziale proviene da un'associazione di categoria, di appartenenza di una delle parti (usi bancari) è necessario sottoporre l'uso a controllo di vessatorietà. Ai sensi dell'art.1341 e 1342 c.c. le clausole d'uso vessatorie devono essere espressamente approvate per iscritto se il contratto è concluso con un consumatore. L'operatività degli usi rimane, comunque, limitata dal momento che non possono, nel rispetto della gerarchia delle fonti, porsi *contra legem*, neppure se si tratta di norme derogabili. La derogabilità vale infatti di fronte all'autonomia privata ma non di fronte all'uso che è fonte subordinata rispetto alla legge. Altra fonte di integrazione contrattuale è l'*Equità*⁵⁷, la quale non è fonte di diritto, ma solo un criterio di giudizio operante solo quando la legge rinvia all'intervento equitativo del giudice. L'equità è fonte di integrazione del contratto subordinata alla legge ed agli usi. Tutto ciò conduce ad affermare che l'equità non può mai operare *contra legem*. Va ricordato, comunque, che alcune volte è la legge stessa a richiamare espressamente l'equità. Questo accade, ad esempio, con riguardo alla riduzione della penale per inadempimento contrattuale, quando la stessa risulta eccessiva. Fuori dalle ipotesi di espresso richiamo dell'equità si dibatte da tempo circa i limiti dell'intervento equitativo sull'autonomia privata. In particolare 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 temperamento degli interessi e comunque in ogni caso deve agire tenendo conto dei valori generali previsti dall'ordinamento. Anche se l'art.1374 c.c. non annovera formalmente la *buona fede*⁵⁸ tra le fonti di integrazione del contratto, il principio di buona

⁵⁷ L'equità quale fonte di integrazione del contratto è trattata da: C.M. NANNA, *op. cit.*, 2010, p. 27 e ss.; F. GAZZONI, "*Equità ed autonomia privata*", 1970, p. 11 e ss.; F. GALGANO, "*Dialogo sull'equità fra il filosofo del diritto ed il giurista positivo*", p. 401 e ss.; G. TUCCI, "L'equità nel codice civile e l'arbitrato di equità", 1998, p. 471 e ss.

⁵⁸ Tra gli autori che considerano la buona fede come fonte di integrazione del contratto si tenga conto di: G. FALCO, "*La buona fede e l'abuso del diritto*", 2010, p. 177 e ss.; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *op. cit.*, 2008, p. 655 e ss.; M. CAPODANNO, *op. cit.*, Padova, 2006, p. 242 e ss.; C. TURCO, "*Diritto civile*", Torino, 2014, p. 644.

fede opera come clausola generale che assiste l'intera vita del contratto che quindi deve produrre effetti conformi a tale principio. Anche nel sistema di diritto europeo dei contratti viene assegnato alla buona fede un ruolo fondamentale nella conclusione e nella esecuzione del contratto. In sostanza la buona fede è fonte di integrazione del contratto la cui violazione comporta l'inadempimento del contratto. Nella buona fede è stato ravvisato, oltre che un criterio di integrazione del contratto, anche un limite generale all'esercizio dell'autonomia privata, e, quindi, uno strumento di controllo della ragionevolezza e dell'equilibrio del contenuto contrattuale. Secondo la dottrina prevalente è l'articolo 1375 c.c. che permette di considerare la clausola generale della buona fede fonte di integrazione contrattuale. Nell'accezione soggettiva, in genere, la buona fede si atteggia a convinzione di agire in conformità al diritto ovvero a ignoranza di ledere l'altrui diritto e può comportare, a seconda dei casi, la conservazione degli effetti giuridici nei quali il soggetto aveva confidato o l'esclusione della responsabilità o di effetti negativi per il medesimo soggetto. Nella sua dimensione oggettiva, invece, la buona fede si atteggia a regola di condotta ed è espressa in una serie di norme del codice civile che impongono ai soggetti contraenti un obbligo di reciproca lealtà di condotta in tutte le fasi del rapporto contrattuale, a partire dal procedimento di formazione del contratto sino alla sua esecuzione. In sostanza, il dovere generale di buona fede in senso oggettivo comporta l'individuazione di obblighi e divieti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge e assolve, in questo senso, alla funzione di colmare le inevitabili lacune del diritto vivente⁵⁹. È l'obbligo per i contraenti di mantenere un comportamento, oggettivamente ispirato a lealtà e correttezza, nei momenti fisiologici dell'atto negoziale. La buona fede è lo strumento che integra, limita e corregge il contenuto normativo del contratto. Il dovere generale di buona fede contrattuale ha l'importantissima funzione di colmare le inevitabili lacune legislative. Esso stabilisce i criteri necessari per sopperire alle mancanze del sistema legislativo dovute alla molteplicità e alla varietà delle situazioni della vita sociale ed economica. La buona fede contrattuale, in sostanza, viene oggi intesa come limite generale all'autonomia dei privati. Risulta essere, oramai, chiara l'importanza della buona fede come perno dell'intero svolgimento della vicenda contrattuale, dal momento delle trattative a quello dell'esecuzione. Per quanto attiene alla tipologia di obblighi che la buona fede in funzione

⁵⁹ Il dovere di buona fede inteso in senso oggettivo viene trattato in: F. GALGANO, "Diritto privato", Padova, 2013, P. 358 ss.

integrativa può porre a carico delle parti, viene in rilievo, innanzitutto, l'esecuzione di prestazioni ulteriori rispetto a quelle previste nel regolamento contrattuale. La giurisprudenza ha ritenuto sussistenti l'obbligo del conduttore di un appartamento di consentire al locatore di far visitare l'immobile ove egli intenda alienarlo o locarlo. La buona fede integrativa non agisce solo per colmare eventuali mancanze del regolamento contrattuale, in quanto è fonte anche di obblighi la cui osservanza non è finalizzata alla tutela dell'interesse negoziale della controparte, bensì a tutela di interessi attinenti alla sfera personale di quest'ultima. Dunque, ciascuna parte è vincolata a porre in essere le azioni necessarie a prevenire gli eventi lesivi che, a causa dell'esecuzione del rapporto contrattuale, possono colpire la controparte. Come si è già rilevato, la dottrina è ormai concorde nel ritenere che la buona fede costituisce un'importante fonte di integrazione del contratto. Conviene però soffermarsi su ulteriori teorie dottrinali che sostengono che, anche *il principio di correttezza*⁶⁰ è fonte di integrazione del contratto. Tale dottrina sostiene che l'elencazione delle fonti indicate dall'art.1374 c.c. non è tassativa. La correttezza viene vista come principio di auto-integrazione del contratto. In tal senso, il contratto è considerato come atto di esclusiva pertinenza dell'agire privato ed il principio di correttezza, inteso come dovere di solidarietà, uguaglianza e parità tra le parti, come limite dell'autonomia privata. In tal senso la regola della correttezza va intesa come criterio che, compatibilmente con il tipo del regolamento di interessi perseguito dalle parti, consente la formazione di una norma contrattuale adeguata alle finalità perseguite. La teoria dell'auto-integrazione del contratto non può essere condivisa perché il contratto è un atto di autonomia privata, ma anche un fenomeno complesso al quale, oltre alla volontà delle parti, partecipa la legge ed il giudice, con un particolare potere di intervento. Si ritiene inoltre, in generale, che il meccanismo integrativo non può considerarsi come fenomeno legato al mero riempimento delle lacune contrattuali. Secondo questa teoria, dunque l'elenco di fonti previsto dall'art.1374 c.c. è un elenco rigido e tassativo. Bisogna ora soffermarsi su un'altra tesi dottrinale che ha contribuito in modo determinante allo studio dell'integrazione del contratto, dando particolare risalto al *principio di equità*. Il termine equità ha dato vita, in questi anni, a innumerevoli dibattiti, che si sono concentrati sul giusto significato da attribuire al termine stesso. Talvolta il termine in questione è stato impiegato facendo

⁶⁰ Sul principio di correttezza, quale fonte di integrazione del contratto, si veda: S. RODOTA', *op. cit.*, Roma, 2004; S. BERTONCINI, "Appunti sull'interpretazione del contract", p. 1017.

esclusivo riferimento al potere discrezionale del giudice; in altri casi come generico senso di umanità e benevolenza; altre volte, ancora, come norma non giuridica. Di fronte a questi dati incerti, tale parte della dottrina ha considerato, sulla base di un primo gruppo di norme del codice civile, l'equità come un criterio matematico e tecnico, che non attribuisce alcuna discrezionalità al giudice; un esempio è costituito dalle norme in materia di rescissione per lesione e di risoluzione per eccessiva onerosità. Altre norme considerano l'equità come *misura delle cose* cioè come strumento per la determinazione di un elemento patrimoniale come ad esempio in materia di liquidazione del danno, o in tutti i casi in cui il giudice stesso deve determinare il contenuto di una prestazione. In queste ipotesi il richiamo all'equità è piuttosto un richiamo alla discrezionalità del giudice, che, a seconda dei casi può essere più o meno ampia in base alla valutazione delle circostanze concrete. Secondo la teoria dottrinale in esame le uniche norme del codice civile in cui si sostanzia realmente il concetto di equità sono costituite dagli artt. 1371 e 1374 c.c. queste norme definiscono l'equità non come un mero calcolo economico, ma una misura di giudizio riferita al complesso del regolamento contrattuale che permette al giudice di completarlo. Secondo tale tesi il concetto di equità coincide con quello di giudizio di equità. Il giudizio di equità ex art. 1374 c.c., si caratterizza anche per il fatto che non necessita di domanda di parte. Esso tende ad introdurre nel regolamento contrattuale un profilo eteronomo che, da un lato, mira a tutelare gli interessi delle parti, ma dall'altro, può anche prescindere, pur mantenendosi sempre nell'ambito dell'ordinamento. Insomma questa tesi dottrinale considera l'equità come la fonte fondamentale di integrazione contrattuale anche se non definisce in maniera concreta il ruolo del giudice e gli spazi del suo potere correttivo. Per tali motivi è stata aspramente criticata ed è rimasta sostanzialmente inascoltata dalla giurisprudenza. Oggi, però, questa teoria merita di essere rivalutata alla luce delle profonde modifiche del nostro ordinamento giuridico perché, ha il pregio di avere anticipato i tempi rispetto al momento storico in cui la tesi stessa è stata elaborata.

4. L'equità integrativa.

L'equità di cui fa menzione l'art. 1374 c.c. è l'equità integrativa⁶¹, criterio di integrazione del contratto e di correzione degli effetti contrattuali predisposti dalle parti in maniera ingiusta. È un criterio integrativo suppletivo, che presuppone l'assenza di norme di legge e di usi idonei a colmare le lacune pattizie. L'applicazione del principio di equità autorizza il giudice a determinare aspetti del regolamento contrattuale non contemplati dalle parti, non definiti dalla legge o dagli usi attraverso la creazione di una regola dettata dalla esperienza e riferita ad un caso concreto. L'equità è un criterio che consente un giusto temperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare e ai principi e valori dell'ordinamento. Secondo la giurisprudenza l'equità non deve essere intesa come una norma extra-giuridica, bensì il criterio di logica giuridica che permette di valutare ed integrare il contratto. L'equità differisce sia dalla legge sia dagli usi, perché non è una fonte di norme generali ed astratte ma una regola di giudizio suppletiva creata dal giudice ed applicata ad un caso concreto; non fonte di diritto oggettivo ma il frutto di determinazioni del giudice, destinate al pari della legge e degli usi a formare il contenuto giudiziale del contratto. 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. L'equità integrativa equivale a congruità economica perché il giudice determina ciò che manca nel contratto alla stregua di criteri di mercato. Così delineata, l'equità è un precetto di giustizia contrattuale rivolta ai contraenti in funzione d'integrazione del regolamento contrattuale. In sede di integrazione del regolamento contrattuale, il giudice ha un potere discrezionale doppiamente vincolato perché da un lato, egli è tenuto al rispetto dell'interesse delle parti come dedotto nel contratto e, dall'altro lato, il giudizio che egli esprime deve tenere conto di tutti i principi generali dell'ordinamento giuridico, partendo dalle norme di rango costituzionale e comunitario, perché il ricorso all'equità, specialmente se di tipo suppletivo, trova la sua giustificazione nell'assenza di altre fonti d'integrazione del contratto. L'equità integrativa costituisce il criterio di giudizio che permette di integrare la volontà privata a differenza dell'equità correttiva che invece effettua un controllo sulla

⁶¹ L'equità integrativa è ampiamente trattata da: F. GALGANO, *“Trattato di diritto civile”, II*, Roma, 2014, p. 175 e ss.; A. GAMBARO, U. MORELLO, *“Lezioni di diritto civile”,* Torino, 2012, p. 280 e ss.

stessa. Equità correttiva, ricorre quando il giudice non si limita a supplire ad una incompleta determinazione pattizia del contenuto contrattuale, ma si cura di modificare la stessa ove questa risulta iniqua, ossia incongrua alla stregua dei correnti criteri di mercato. Ipotesi testuale è quella della riduzione della penale eccessiva di cui all'art.1384 c.c. che consente al giudice di ridurre equamente la penale prevista dal contratto per l'inadempimento contrattuale o ritardo di adempimento, quando essa si rivela manifestamente eccessiva o quando è tale da alterare un modo manifesto l'equilibrio fra le contrapposte prestazioni contrattuali. L'equità integrativa, inoltre, costituisce una tecnica di individuazione della disciplina del contratto nella ipotesi in cui il contratto non è riconducibile ad un tipo legale o sociale ma, opera anche nel caso di contratti legalmente o socialmente tipici, laddove uno specifico profilo di disciplina non trova una regolamentazione e deve ricorrersi ai canoni di proporzione, equilibrio ed armonia che costituiscono l'essenza dell'equità nel rispetto della direttiva economica che i contraenti hanno inteso esprimere nell'operazione. In tutte queste ipotesi il giudice deve, altresì, valutare la meritevolezza degli interessi delle parti, per poi individuare la disciplina e procedere così all'integrazione mai sovrapponendosi alla legge, né imponendo un proprio ideale astratto di giustizia, ma deve mirare all'attuazione in concreto delle direttive generali dell'ordinamento, rappresentate dai principi costituzionali il cui rispetto permette di considerare il giudizio di equità come un non arbitrario esercizio della funzione giurisdizionale. Grazie alle norme fondamentali della Costituzione, difatti, il giudice può rendere operativa, nella regolamentazione privata, quei valori supremi, che vengono attuati nel caso concreto, anche se a mezzo di un giudizio che resta comunque soggettivo. In conclusione, il giudice, nonostante il suo intervento discrezionale, non può comunque modificare l'intima struttura della negoziazione privata.

4.1. La riconduzione ad equità del contratto rescindibile.

L'art. 1450 c.c. intitolato «*Offerta di modificazione del contratto*», stabilisce che il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità. Tale proposta di modificazione si esprime mediante un atto unilaterale recettizio. Il contraente, in

particolare, può offrire di aumentare la propria prestazione ovvero di ridurre la richiesta verso la controparte. L'istituto in esame è un rimedio previsto dal legislatore in ossequio del principio di conservazione del contratto che *"impone di mantenere in vita il negozio fin che è possibile"*. L'offerta di *reductio ad aequitatem*⁶² estingue il diritto del contrante leso e si configura, come già detto, come un negozio unilaterale recettizio: è una dichiarazione unilaterale di volontà negoziale diretta alla controparte e, se questa non l'accetta, al giudice. Si ritiene che il potere di riconduzione ad equità è un potere di rettifica che si differenzia dal potere di rettifica del contratto annullabile perché quest'ultimo è volto a confermare il contratto ad un dato intento negoziale mentre la *reductio ad aequitatem* adegua il contratto ad un criterio obiettivo dell'equo contemperamento dei contrapposti interessi. La dottrina predominante ritiene che la riduzione ad equità è un vero e proprio potere della parte destinataria dell'azione di rescissione. Particolarmente delicato è, poi, il ruolo del giudicante. La riconduzione ad equità, infatti, conferisce al giudice il potere di intervenire sull'equilibrio economico delle prestazioni negoziali che, tradizionalmente, era dominio della signoria della volontà delle parti. Bisogna specificare, però, che nelle ipotesi ex art.1450 c.c. il giudice non entra nel merito del valore delle prestazioni perché il suo ruolo resta quello di controllore esterno rispetto alla volontà delle parti. È la parte che si è avvantaggiata dalla sproporzione o dalla iniquità negoziale che effettua una offerta *sub iudice*, rivolta alla controparte che decide se accettarla o meno. Il giudice pertanto, in questi casi non effettua una *substantive justice* perché non valuta la natura economica delle prestazioni; bensì effettua una *procedural justice*, ovvero, interviene per riequilibrare la disparità normativa e negoziale delle parti che si è creata in seguito all'abuso di una parte in danno dell'altra. Anche nel caso di contratto rescindibile, così come accade per i contratti dei consumatori, si ha una parte che assume una posizione c.d. debole rispetto all'altra a causa di una diversa forza negoziale che intercorre fra i contraenti. Il ruolo del giudice è, quindi, quello di ristabilire la parità delle armi tra le parti. Mentre l'intervento del giudice può incidere sul quantum della somma necessaria per ristabilire l'equilibrio tra i contraenti

⁶² M. BESSONE, *"Istituzione di diritto privato"*, Torino, 2013, p. 515; M. BESSONE, *"Disciplina generale del contratto"*, Torino, 2013, p. 34 e ss.; P. PERLINGIERI, *"Rescindibilità e riduzione ad equità"*, Napoli, 1963; A. TORRENTE, *"Intorno al momento di esercizio della facoltà di modificazione equitativa del contratto nell'azione generale di rescissione"*, Napoli; S. D'ANDREA, *"L'offerta di equa modificazione del contratto"*, Milano, 2006, p. 66 e ss.

solo su richiesta degli stessi. Sulla delicata natura dei provvedimenti adottabili dal giudicante dinanzi ad una richiesta di *reductio ad aequitatem* del contratto rescindibile, la Suprema Corte ha stabilito che qualora il contraente offre in giudizio la somma determinata, senza altra richiesta, il giudice non può fare altro che valutare l'offerta ed accogliere o rigettare la domanda, a seconda che la ritenga sufficiente o meno. Se invece il contraente, pur indicando una somma a suo giudizio congrua, si rimette al giudice per la sua determinazione, il giudice può integrarla se la ritiene inadeguata. Infine qualora la domanda contiene l'esatta indicazione delle modalità offerte, il giudice non ha il potere di integrarla o modificarla, ma deve accoglierla, se ritiene sufficienti le modificazioni proposte a ridurre il contratto ad equità o rigettarla, in caso contrario. È un principio giuridico ricorrente quello secondo cui, affinché possa operare la modifica del contratto rescindibile, è necessario accertare l'esistenza di tutti i requisiti dettati in tema di rescissione. Inoltre per la determinazione dell'offerta necessaria ai fini della *reductio ad aequitatem* occorre avere riguardo non al momento della conclusione del contratto, come avviene per l'accertamento della lesione e dell'abuso, o a quello della domanda, bensì al momento in cui si opera la riduzione ad equità e cioè, al momento della pronuncia. La parte che esercita l'azione con la quale propone la riduzione ad equità del contratto si dichiara disposto ad una modificazione del patto contrattuale e chiede al giudice un correlativo provvedimento che incide sul rapporto sostanziale. Da ciò consegue che l'eventuale adesione della controparte all'offerta di riduzione ad equità permette di perfezionare un contratto modificativo ma solo nel caso in cui risulta accertata la sussistenza degli estremi per la rescindibilità del rapporto contrattuale. Ragione principale dell'istituto è quella, quindi, di impedire l'illegittimo approfittamento nei confronti del contraente che versa nella situazione di pericolo o di stato di bisogno, legittimato, per questo motivo, all'esercizio dell'azione di rescissione, da parte del contraente che ha alterato geneticamente il sinallagma contrattuale. L'ordinamento consente a quest'ultimo di evitare la produzione dell'effetto che invalida il contratto offrendo una modificazione delle condizioni negoziali idonea a ricondurle ad equità. Tale "*offerta*", pur non essendo specifica, deve contenere elementi tali da rendere concretamente individuabili le modifiche proposte. Dall'art. 1450 si ricava che l'azione di rescissione può essere evitata con la *reductio* fin dal momento di instaurazione della lite e che l'offerta va proposta prima che si sia formato il giudicato. Se la *reductio* è in grado di produrre il rigetto della domanda di rescissione, essa deve essere

fatta di fronte al giudice competente a decidere su tale domanda e non produrrà i suoi effetti se svolta in via stragiudiziale. Ciò non toglie che il soggetto avvantaggiatosi iniquamente dal contratto rescindibile possa, prima dell'inizio della lite, offrire al soggetto leso una modificazione del contratto sufficiente a ricondurlo ad equità. In tale ipotesi, però, tale offerta richiederà l'accettazione del suo destinatario, traducendosi solo a quel punto in una modifica, di fonte contrattuale, dell'originario rapporto. Fortemente dibattuta è la questione della natura giuridica dell'*offerta di riconduzione ad equità*. Le tesi fronteggiate, specie un tempo, sono due: una, che le attribuisce carattere sostanziale di proposta contrattuale formulata all'interno del processo; un'altra, che ne afferma il carattere di atto processuale. Per un periodo di tempo, è parsa dominare la tesi secondo cui, considerato che il potere di evitare la rescissione offrendo di riportare ad equità il contratto è un potere che si esercita nel processo, «l'esercizio del potere si traduce, allora, in proposizione di una domanda giudiziale: negozio processuale e con effetti processuali⁶³» Questa tesi ha incontrato immediatamente i favori di parte della dottrina. Oggi sembrano però prevalere le decisioni che affermano la natura sostanziale dell'offerta⁶⁴, anche se si nega che essa abbia la forma di nuova proposta contrattuale. L'offerta di modificazione del contratto, dispone l'art. 1450, deve essere «sufficiente per ricondurlo ad equità». Solo in tal caso la rescissione potrà essere evitata. Si è discusso se l'offerta di riduzione debba essere idonea ad eliminare totalmente la lesione oppure se sia sufficiente che la lesione sia ridotta *infra dimidium*⁶⁵. Per evitare la rescissione del contratto, è necessario che la lesione venga rimossa completamente. La soluzione si fa preferire anche in forza del buon senso. Esercitare un'azione di rescissione con il rischio di vedersela bloccare da un'offerta calibrata matematicamente per far scendere la lesione dal 50,1 al 49,9 per cento del valore della prestazione resa o promessa sterilizzerebbe la pratica efficacia, anche di deterrenza, del rimedio; facendo crescere enormemente la probabilità di esercizio della *reductio*, molto meno onerosa, il rimedio perderebbe gran parte della sua logica indennitaria e della sua preferibilità ad una normale azione di danni *ex art. 1337 c.c.*, rendendo molto più

⁶³Sull'idea dell'offerta di riconduzione ad equità da proporre con domanda giudiziale si tenga conto della sentenza della Corte Cass., 18 settembre 1972, n. 2748.

⁶⁴Con il passare del tempo l'offerta di riconduzione ad equità ha assunto una forma sostanziale ma non può essere vista come nuova proposta contrattuale: Corte Cass., 6 dicembre 1988, n. 6630

⁶⁵C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 694.

conveniente la proposizione di un'azione di risarcimento danni per responsabilità precontrattuale.

4.1. La rinegoziazione dei contratti di durata e la clausola di *hardship*.

Il significato letterale del termine “*rinegoziazione*”, indica, in una prima e lata accezione, l'attività delle parti contraenti finalizzata alla ridiscussione e ridefinizione del regolamento contrattuale cui si sono vincolati con un precedente accordo contrattuale, in seguito al verificarsi di sopravvenienze che ricadono sull'equilibrio giuridico ed economico precedentemente fissato al momento della stipula del contratto stesso. Rinegoziare significa reiterare l'attività volta a definire le conseguenze di un vincolo contrattuale preesistente. La rinegoziazione⁶⁶, è una fattispecie empirica, a differenza della *revisione del contratto* che è un vero proprio istituto giuridico con il quale si mira a raggiungere un determinato scopo. La fattispecie empirica in questione si sostanzia, infatti, in una iterazione della stipulazione che è sempre sostitutiva, parziale, e relativa al contenuto dell'accordo concluso in precedenza. L'elemento iterativo si ricava dalla identità delle parti che pervengono al nuovo regolamento di interessi. Esse sono le medesime della prima stipula, o al più, i loro successori nel rapporto rinegoziato. Altra peculiarità della rinegoziazione sembra essere il carattere sostitutivo delle statuizioni concordate tra le parti in sede di revisione della stipula. A tal proposito si è sostenuto che la volontà delle parti è indirizzata alla modifica degli originari termini contrattuali e non alla introduzione di nuovi elementi di carattere integrativo. In verità, nella prassi negoziale, potrebbero ben verificarsi ipotesi di concorrenza tra modifiche dei precedenti termini convenuti e integrazioni del precedente accordo mediante nuove previsioni. L'oggetto della rinegoziazione è infatti costituito dal contenuto globale del contratto e non dai singoli termini del contratto preesistente, per cui l'attività intesa alla revisione delle reciproche posizioni potrebbe comportare non solo modifiche del precedente schema contrattuale, ma anche aggiunte ulteriori. In tale prospettiva la rinegoziazione si configurerebbe come attività

⁶⁶ La rinegoziazione dei contratti di durata, viene trattata in maniera concreta da: V. ROPPO, “*Trattato del contratto*”, Milano, 2006, p. 731 e ss.; R. SACCO. *op. cit.*, p. 686; M. BARCELLONA, “*Appunti a proposito di obblighi di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*” in “*Diritto privato*”, 2003, p. 487; M. GRANIERI, “*Il tempo e il contratto*”, Milano, 2007, p. 3 e ss.

potenzialmente complessa, costituita da scelte negoziali non solo modificative, ma anche integrative, del precedente regolamento di interessi. Difatti, se lo scopo precipuo della rinegoziazione è il riequilibrio di un assetto contrattuale alterato da elementi sopravvenuti ed imprevedibili al tempo della conclusione dell'accordo, il raggiungimento di un nuovo equilibrio può ragionevolmente esigere sia la ridiscussione di elementi già esistenti, sia l'introduzione di patti ulteriori. Tuttavia, le variazioni del contenuto contrattuale devono essere necessariamente parziali. Non è, infatti, concepibile un'attività di rinegoziazione che comporta la revisione totale del contratto e, cioè, in tutti i suoi aspetti. In tale ultimo caso, l'ampiezza dell'*aliquid* renderebbe inutile la sopravvivenza del preesistente regolamento di interessi, che sarebbe interamente sostituito da un nuovo accordo. È chiaro che in questa ipotesi l'interprete sarebbe indotto a ricondurre tale fenomeno alla fattispecie della novazione estintiva piuttosto che a quello della rinegoziazione. Difatti, l'identità del rapporto "*rinegoziato*" persiste nel solo caso di permanenza del contenuto essenziale del precedente regolamento contrattuale e non in caso di suo complessivo sovvertimento. È chiaro che, se da un lato restano fuori dallo specifico ambito della rinegoziazione le modificazioni che interessano l'intera convenzione contrattuale, non possono considerarsi riconducibili alle trattative rinegoziative neppure le attività meramente ricognitive ed esecutive del contratto stesso. La rinegoziazione esige un nuovo apprezzamento dell'assetto delle situazioni dedotte in contratto, ossia un'attività implicante manifestazioni di volontà decisionali che riformano parti del contenuto dell'accordo preesistente. Le ragioni che inducono alla rinegoziazione del contratto, si sonstanziano nel presupposto che l'equilibrio contrattuale che le parti hanno inteso raggiungere in sede di conclusione del contratto richiede sempre il bilanciamento tra le utilità perseguite dai contraenti; bilanciamento che deve perdurare fino al momento dell'esecuzione del contratto stesso. Se, da una parte, è vero che, nei contratti ad esecuzione immediata queste problematiche non sussistono, dall'altra si deve concretamente affermare, che la situazione si complica nei contratti di durata suddivisi a loro volta, in contratti a prestazione continuata e quelli a prestazione periodica. È chiaro infatti, che se il momento della stipulazione del contratto coincide con quello della sua esecuzione, è sufficiente che l'equilibrio delle prestazioni sia presente in quel momento. Di contro, se l'esecuzione del contratto è differita, ovvero continuata, ovvero ancora periodica, il *tractum successivum* alla conclusione del contratto implica tendenzialmente la persistenza, durante la fase esecutiva, del medesimo equilibrio

sussistente al momento della stipula. Occorre a tal proposito chiedersi quali siano le conseguenze immediate della distorsione dell'equilibrio pattuito. La prima ed ovvia considerazione è che i mutamenti sopravvenuti e inattesi dello status quo ante, in quanto modificano le condizioni e i vantaggi contrattuali, possono incentivare un contraente all'inadempienza, pur essendo lo scopo contrattuale ancora raggiungibile, sebbene a condizioni meno vantaggiose. A tal proposito è opportuno ricordare che a differenza dell'irraggiungibilità dello scopo contrattuale, il quale conduce alla risoluzione del contratto; la rottura del rapporto di equivalenza tra le prestazioni apre invece la strada al rimedio revisorio finalizzato a ristabilire l'equilibrio turbato perché la variazione delle condizioni sussistenti al momento della conclusione del contratto può essere tale da sollevare problemi di equità e di giustizia distributiva nella divisione dei vantaggi e degli oneri che le parti si erano prefissati. Per tale motivo, quando l'esecuzione del contratto risulta in concreto più difficile di quanto prevedibile in sede di conclusione del contratto, sorge un problema di allocazione del rischio. Le tensioni create da tale eventualità portano alla ricerca di soluzioni con le quali fronteggiare e contenere il problema. È in questo contesto che matura l'esigenza di trovare uno strumento idoneo a prevenire e superare i rischi connessi a quanto ciò innanzi prospettato. Questo strumento è costituito, appunto, dalla rinegoziazione del contratto. La pratica contrattuale conosce due distinte fonti della rinegoziazione: quella convenzionale che fa rientrare l'attività rinegoziazione in una libera scelta delle parti e quella obbligatoria cioè imposta dalla legge. L'ipotesi di rinegoziazione convenzionale si concretizza con la predisposizione delle c.d. *clausole di rinegoziazione*. Non è agevole, come evidenziato in precedenza, tracciare un profilo generico delle clausole in questione tale da consentire l'elaborazione di un concetto onnicomprensivo, capace di contenerne tutte le possibili forme di manifestazione e di rappresentare con sufficiente grado di sistematicità il contenuto che possono assumere in concreto le clausole. Tuttavia la casistica dimostra che, in linea di massima, gli accordi volti alla definizione preventiva del contegno delle parti in caso di sopravvenienze possono suddividersi in tre grandi categorie, nelle quali l'attività rinegoziativa è graduata in ordine crescente, a seconda del diverso grado di pervasività della clausola di rinegoziazione. La prima tipologia consta di quei patti che si limitano a prevedere la libera facoltà delle parti di avviare la trattativa rinegoziativa, senza obbligarle neppure ad iniziarla. Si tratta di clausole la cui rilevanza giuridica deve essere negata, se non altro in base all'osservazione che la loro

predisposizione appare superflua ai fini di una eventuale ridefinizione dell'assetto contrattuale. La possibilità di negoziare nuovamente il contenuto contrattuale rientra ex se nell'autonomia delle parti, rendendo inutile un patto che consente l'assunzione di un comportamento che già la legge riconosce implicitamente come facoltativo. Nel secondo tipo la rinegoziazione è prevista non come facoltà, ma come obbligo che nel suo contenuto minimo contempla, quantomeno, il dovere di ricevere e di pronunciarsi su proposte e, al più, regole che presiedono all'avviamento della vicenda rinegoziativa. La terza tipologia di clausole prevede non solo una coercizione circa l'avviamento della trattativa, ma anche dei criteri tramite i quali condurla. Quanto ai criteri, deve trattarsi di parametri in base ai quali regolamentare la condotta delle parti nella fase della revisione degli originari termini del contratto, e non di canoni dettagliati che consentono un adeguamento automatico dei valori delle prestazioni alle sopravvenienze verificatesi. Affinché l'attività delle parti rimanga nell'alveo della rinegoziazione è infatti necessario un apporto volitivo rivolto alla rideterminazione dell'equilibrio contrattuale, e non una semplice attività ricognitiva e applicativa di criteri automatici la cui operatività non abbisogna di alcuna manifestazione di volontà. Le clausole, quindi, possono incidere diversamente sul contenuto del vincolo contrattuale preesistente, e diversa può essere la loro struttura. L'analisi dei profili strutturali di questi modelli convenzionali risente della varietà di forme nelle quali la concertazione delle parti per l'adattamento delle condizioni contrattuali può manifestarsi. La prassi negoziale dimostra che le parti scelgono di controllare i rischi connessi alle sopravvenienze in modo più o meno generico, a seconda della qualità degli interessi in gioco e degli ambienti economici dalle quali le parti stesse provengono. Spesso i contraenti, spinti dall'esigenza di controllare in modo assoluto il rischio contrattuale, preferiscono elaborare una clausola dal contenuto estremamente generico. La definizione generica della clausola porta con sé il rischio di implicare un'attività eccessivamente dispendiosa al momento della individuazione in concreto delle sopravvenienze in presenza delle quali è stato previsto l'obbligo di rinegoziare e delle conseguenze generate dall'operatività della clausola. Infatti l'imprecisione del contenuto della clausola consente a ciascuna delle parti di effettuare una valutazione soggettiva in sede di verifica della corrispondenza tra situazioni previste al momento della redazione e situazioni effettivamente verificatesi: tale inconveniente presta il fianco ad effetti controproducenti rispetto al fine ultimo della rinegoziazione, che rimane la conservazione del rapporto negoziale. È per questo che i

contraenti sono sempre più indotti a cercare soluzioni maggiormente particolareggiate, che consentono una individuazione più netta degli eventi che possono dar luogo alla procedura di rinegoziazione e degli effetti delle nuove determinazioni delle parti sul contenuto del contratto preesistente. Come detto, poi, il contenuto della clausola può manifestarsi in diverse forme, quantitativamente e qualitativamente diverse tra di loro. Si va dalla previsione delle circostanze modificative che possono verificarsi successivamente alla conclusione del contratto e che legittimino l'inizio della procedura rinegoziativa, alla elaborazione della disciplina applicabile al momento del concreto sopraggiungere delle circostanze stesse. La disciplina stessa può assumere diverse connotazioni, a seconda che si va a precisare il mero obbligo di pervenire alla rinegoziazione del contratto oppure, più incisivamente, si organizza in maniera specifica la trattativa. Tuttavia, anche la scelta di modelli più specifici comporta degli inconvenienti come perché rende tassativa la lista delle circostanze considerate e questo significa che il verificarsi di eventi non espressamente contemplati nella previsione delle parti non eviterà alla parte danneggiata il pregiudizievole obbligo di eseguire il contratto secondo le condizioni sopraggiunte. La clausola, oltre alla previsione delle circostanze che chiamano le parti a rinegoziare, può contenere la previsione negoziale di parametri che indirizzano l'attività di rinegoziazione, in modo tale da sottrarre alla sfera discrezionale delle parti anche le modalità della conduzione della trattativa. Va chiarito, comunque, che la trattativa rinegoziativa altro non è che l'esecuzione di un obbligo contrattuale e come tale, deve essere condotta secondo il precetto generale della buona fede. Occorre chiedersi, a questo punto, quali sono le conseguenze di un inadempimento degli obblighi contenuti nella clausola e quale dimensione assuma la mancata attuazione delle previsioni predisposte in via convenzionale dai contraenti. In dottrina sono state formulate diverse ipotesi, tutte degne di qualche pregio, ma non applicabili genericamente e senza distinzioni a tutti i tipi di clausole di rinegoziazione. E' stata formulata, ad esempio, la tesi dell'efficacia reale della clausola, coercibile giudizialmente nelle forme previste dall'art. 2932 c.c. A tenore di tale orientamento il giudice potrebbe pronunciare l'adeguamento del contratto, allorché il fallimento della rinegoziazione apparisse contrario a buona fede. Tale tesi non convince per la semplice ragione che le parti, con la stipula della clausola non si vincolano ad addivenire ad un accordo definito, ma semplicemente a condurre una trattativa che può sì, giungere ad un nuovo accordo, ma non necessariamente terminare in tal senso. In

conclusione le parti, con la redazione di queste clausole, si vincolano all'obbligo di rinegoziare ma non necessariamente all'obbligo di concluderla. Dopo avere analizzato la compatibilità dell'obbligo convenzionale di rinegoziazione, è necessario interrogarsi circa la possibilità di configurare un *obbligo legale di rinegoziazione* nel sistema interno. Nel codice civile non si rinviene, infatti, alcuna specifica norma che, in maniera concreta prevede, per l'appunto, l'obbligo legale di rinegoziazione del contratto per le parti. Tuttavia, attraverso l'esame di alcune disposizioni normative codicistiche è possibile far emergere tale obbligo ex lege di rinegoziazione. L'art.1375 c.c. dispone che: «*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.*» In sede esecutiva la buona fede costituisce criterio di valutazione del comportamento tenuto dalle parti nell'adempimento, in quanto queste sono tenute ad una serie di doveri di collaborazione che si sostanziano, tra gli altri, nell'obbligo di informare circa ogni questione che sia rilevante per la controparte; nell'obbligo di solidarietà e nell'obbligo di protezione, cioè di evitare che i beni o la persona dell'altra parte subiscano pregiudizi. La buona fede esecutiva viene richiamata per specificare la figura dell'abuso del diritto cioè di quella condotta che si sostanzia nell'esercizio di un diritto, diritto in sé legittimo, in modo da ledere la sfera giuridica altrui. Pertanto, la buona fede nell'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c. rappresenta la fonte normativa su cui basare l'obbligo di rinegoziazione del contratto in caso di sopravvenienze. Le parti dell'accordo, hanno il dovere di cooperare al fine di riequilibrare le prestazioni contrattuali che hanno subito una modifica in seguito ad un evento perturbatore dell'iniziale proporzionalità delle obbligazioni contrattuali. Tale regola, fondata su una clausola generale, potrà trovare applicazione per qualsiasi tipo di sopravvenienza e nell'attuazione di qualsiasi contratto, in particolare negli accordi che abbiano rilevanza nel tempo, e quindi che prevedano una prestazione periodica, continuata ovvero differita rispetto al perfezionamento. L'analisi appena condotta permette di esprimere, con certezza, che durante tutta la vita del rapporto contrattuale, intercorrente fra le parti, possono sopraggiungere situazioni e circostanze, sconosciute al momento della conclusione del contratto, che determinano un squilibrio economico del contratto stesso, rendendo una prestazione particolarmente onerosa rispetto alle altre, che determina una sensibile alterazione del rapporto contrattuale. Questa problematica ha condotto alla previsione di una apposita clausola da inserire all'interno del contratto al fine di prevenire e dirimere tale situazione. La clausola in questione viene denominata come "*Clausola di*

Hardship.”⁶⁷ Il termine inglese *hardship* viene tradotto in italiano come disagio, avversità e nel linguaggio del commercio internazionale indica proprio la circostanza sopravvenuta che porta all’alterazione dell’equilibrio economico contrattuale. Con l’inserimento di una clausola di *hardship* in un documento contrattuale, quindi, le parti disciplinano come reagire ad una situazione in cui l’equilibrio contrattuale viene alterato da un fattore esterno, allo scopo di adattare i loro rapporti alle nuove circostanze, o attraverso la rinegoziazione delle condizioni contrattuali, o attraverso l’intervento di un terzo che ristabilisca la parità tra le rispettive prestazioni. Tali clausole consentono, quindi, di adeguare il contratto con un negoziato o con l’intervento di un terzo. La clausola di *hardship* va distinta dall’affine clausola di *forza maggiore*. Mentre in questa seconda tipologia di clausola vengono disciplinate le conseguenze di un evento imprevedibile o imprevisto che rende una delle prestazioni del tutto impossibile ad eseguirsi, la circostanza contemplata dalla clausola di *hardship* non impedisce alla parte che la subisce di dare esecuzione al contratto per quanto di sua competenza, bensì rende la sua prestazione eccessivamente onerosa rispetto alla controprestazione, ossia economicamente sconveniente. È bene notare che l’evento di *hardship*, analogamente a quanto di solito previsto nelle clausole di forza maggiore, può consistere tanto in un evento verificatosi successivamente alla conclusione del contratto, quanto in una situazione preesistente alla stipulazione, ma che la parte che la subisce non conosceva o non poteva ragionevolmente conoscere. La Camera di Commercio Internazionale ha elaborato uno schema di *clausola di hardship* che comprende una parte comune e delle varianti. La parte comune stabilisce la situazione di *hardship*, cioè gli eventi non previsti dalle parti che potrebbero comportare notevoli modificazioni all’equilibrio del contratto. La parte colpita da *hardship* può esigere dall’altra una revisione del contratto, entro un termine ragionevole, ed in mancanza di un accordo amichevole, la clausola propone diverse alternative per la scelta di una modalità adatta al caso specifico: si va dal mantenimento del testo originario con il semplice impegno delle parti a consultarsi per la revisione del contratto, al ricorso a un terzo incaricato di proporre una soluzione, con

⁶⁷ Sul concetto di clausola di *hardship*: M. FONTAINE, F. DE LY, “*La redazione dei contratti internazionali*”, Torino, 2008, p. 579 e ss.; A. FRIGNANI, M. TORSELLO, “*Il contratto internazionale*”, Padova, 2010, p. 308 e ss.; S. PATTI, L. VACCA, “*Trattato delle obbligazioni*”, Padova, 2010, p.293 e ss.; G. IORIO, “*Le clausole attributive dello ius variandi*”, Milano, 2008, p. 116 e ss.

vario grado di autorevolezza nei confronti delle parti stesse. La clausola di *hardship*⁶⁸, dunque, è una clausola contrattuale che autorizza la revisione del contratto nell'eventualità che si manifestino fatti eccezionali di natura politica ed economica, tali da modificare sensibilmente la situazione esistente al momento della stipulazione dell'accordo. La clausola di avversità ha dunque la funzione di ripristinare il rapporto contrattuale esistente al momento della stipulazione del contratto. Tra le tipiche cause di *hardship* si possono ricordare le modifiche radicali dei tassi di cambio, l'innalzamento del costo delle materie prime o altre cause che aggravano i costi di produzione rispetto ad un certo parametro predeterminato o l'introduzione di nuovi dazi. In presenza di una circostanza che determini una situazione di *hardship* in linea di principio, si può affermare che in mancanza di una specifica previsione contrattuale la parte gravata dall'*hardship* sarà comunque tenuta all'adempimento della propria prestazione, nonostante lo squilibrio finanziario che le verrà causato da tale adempimento. Essa potrà sottrarsi ad un tale obbligo solo se nel contratto era stata precedentemente pattuita un'apposita clausola contrattuale che prevedeva la rinegoziazione del contratto in presenza di una circostanza inquadabile nell'*hardship*. Qualora sia prevista tale clausola, gli esiti della rinegoziazione potranno essere il riadattamento delle disposizioni secondo criteri stabiliti dallo stesso contratto ad esempio, i due contraenti si impegnano a individuare, insieme, il modo per rimediare prontamente e adeguatamente alla situazione pregiudizievole e per apportare le modifiche necessarie al contratto oppure lo scioglimento del contratto. In mancanza di accordo sulle nuove disposizioni, le parti potrebbero prevedere nella clausola l'intervento di un terzo. Ad esempio, se non si raggiunge un accordo entro sessanta giorni dalla domanda di revisione, la questione sarà sottoposta ad arbitraggio. Riferimenti sia alla forza maggiore e all'*hardship* sono contenuti nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili che nei Principi UNIDROIT del 2010. L'art. 79 della Convenzione contiene, in particolare, disposizioni applicabili sia in caso di forza maggiore che di *hardship*: si parla infatti di "*liberazione dalla responsabilità in caso di inadempienza dovuta a un impedimento indipendente dalla volontà e che non si poteva ragionevolmente attendere al momento della conclusione del contratto*". L'*hardship*, secondo gli UNIDROIT, consiste

⁶⁸ Al riguardo si veda: T. DALLA MASSARA, "*Obbligazioni pecuniarie*", Padova, 2012, p. 212 e ss.; F. GALGANO, F. MARRELLA, "*Diritto e prassi del commercio internazionale*", Padova, 2010, p. 302 e ss.; P. RESCIGNO, "*Trattato di diritto privato*", 1984, p. 171 e ss.

invece in un evento imprevedibile, nel momento in cui il contratto è stato concluso e fuori dal controllo delle parti, che altera l'equilibrio del contratto; la conseguenza è l'aumento dei costi della prestazione per una parte oppure la diminuzione di valore della controprestazione. La parte che invoca l'*hardship* deve chiedere, senza ritardo, la rinegoziazione del contratto spiegandone i motivi; in caso di disaccordo, i contraenti possono rivolgersi al giudice, il quale deciderà se sciogliere il contratto o se modificarlo ristabilendo l'equilibrio iniziale. È utile sottolineare, in relazione al concetto di *hardship*, che esso è riconosciuto in tutti gli orientamenti moderni. L'art. 1467 del Codice Civile italiano, ad esempio, parla di "*eccessiva onerosità sopravvenuta*". Quando una prestazione sia diventata eccessivamente onerosa a causa di "avvenimenti straordinari e imprevedibili" che, esulano naturalmente dall'alea normale del contratto, la parte può chiedere la risoluzione del contratto e la controparte potrà opporsi, proponendo nuove ed eque condizioni contrattuali. In Francia ed in Belgio si parla di *imprévision* e, nei due Paesi, i giudici non vedono con favore il riadattamento del contratto. La legislazione russa, greca o olandese, invece, permette al giudice di disporre ugualmente o scioglimento del contratto o l'adattamento dello stesso alle nuove circostanze. Nel sistema inglese esiste la *frustration* e nell'ordinamento americano la *impracticability*; esse, specificamente, si applicano non quando si sia verificato un mero squilibrio tra le prestazioni, ma quando l'evento priva di qualsiasi utilità economica l'esecuzione del contratto per una delle parti.

4.3. L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione.

L'art.1467 c.c. dispone che: « *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 c.c. . 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*». L'art. 1467 c.c. accorda, nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive ad esecuzione

differita o continuata, il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità⁶⁹ a fronte di una sopravvenuta alterazione dell'equilibrio contrattuale dovuta a circostanze straordinarie ed imprevedibili. La risoluzione per eccessiva onerosità non opera automaticamente ma necessita la proposizione di una domanda giudiziale che determina una sopravvenuta situazione di quiescenza del rapporto contrattuale sottoposto alla cognizione del giudice. La parte nei confronti della quale è stata proposta una domanda di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta può evitare la risoluzione offrendo una riduzione della prestazione sufficiente a ricondurla ad equità. Si tratta di un'eccezione processuale o, secondo taluni, di una vera e propria domanda riconvenzionale nella quale la parte che è convenuta con la domanda di risoluzione per eccessiva onerosità offre una riduzione della prestazione idonea a ripristinare l'equilibrio del sinallagma. Con riferimento al presupposto dell'eccessiva onerosità, si discute se si deve avere riguardo esclusivamente al costo della prestazione dovuta o se si deve prendere in considerazione l'equilibrio complessivo del sinallagma, con la conseguenza di ammettere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta anche in ipotesi di svilimento del valore della controprestazione. La tesi abbracciata dalla giurisprudenza è quella che il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità è posto a presidio del mantenimento del complessivo equilibrio contrattuale che può essere pregiudicato sia dall'aumento del costo della prestazione sia dallo svilimento del valore della controprestazione.⁷⁰ Ai fini della risoluzione del contratto, dunque, secondo la giurisprudenza di legittimità, occorre confrontare il valore delle prestazioni al tempo in cui sono sorte e quello che hanno al tempo in cui devono eseguirsi. L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione non deve, poi, conseguire alla normale alea del contratto in quanto deve conseguire a fatti che la norma indica come straordinari ed imprevedibili. Con riferimento al fenomeno inflativo, ad esempio, la Cassazione ha negato l'esperibilità del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta in quanto, al momento della conclusione del contratto, il fenomeno inflativo era già in atto⁷¹. La risoluzione per eccessiva onerosità riguarda i soli contratti ad

⁶⁹ E. GABRIELLI, *“L'eccessiva onerosità sopravvenuta”*, Torino, 2012; A. DE MAURO, *“Dall'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore”*, Torino, 2011, p. 85 e ss.; F. GALGANO, *“Trattato di diritto civile”*, Padova, 2010, p. 530 e ss.; A. GAMBARO, U. MORELLO, *“Lezioni di diritto civile”*, Torino, 2012, p. 113 e ss.; A. DE MARTINI, *“L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti”*, Torino, 1954, p. 85 e ss.

⁷⁰ È di questo avviso la Corte Cass. Sez. Civ. n. 11947/2003.

⁷¹ Così la Corte di Cass. Sez. Civ. 4 marzo 2004 n. 4423.

esecuzione continuata o differita, non è applicabile ove la prestazione sia già stata interamente eseguita e non riguarda i contratti ad esecuzione istantanea e i contratti ad effetti traslativi. Il rimedio è stato, invece, considerato applicabile ai contratti preliminari di alienazione ai contratti sottoposti a condizione ove l'eccessiva onerosità si verifichi in pendenza della condizione e ai contratti d'opzione. Alla risoluzione per eccessiva onerosità, parte della dottrina ha ricondotto l'istituto della *presupposizione*⁷² e, cioè, il presupposto, non esplicitato nell'accordo, ma tenuto presente dalle parti al momento della conclusione del contratto. Il venir meno o il mancato verificarsi del fatto presupposto, in questa prospettiva, dà luogo ad un'ipotesi di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto. È stato osservato che, però, che mentre l'eccessiva onerosità riguarda la persistenza della base negoziale oggettiva del contratto, la presupposizione attiene, invece, alla base negoziale soggettiva. Nei contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, invece, non sussiste la possibilità di risolvere il contratto ma solo il diritto potestativo di chiedere una riduzione della prestazione o una modifica delle modalità d'adempimento sufficienti per ricondurla ad equità. In definitiva, il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità opera in forza di determinati presupposti. Innanzitutto la verifica di una situazione di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione di una delle parti. *Eccessiva onerosità* è il notevole aumento del costo-valore della prestazione, verificatosi in seguito ad eventi straordinari ed imprevedibili, che determina una grave alterazione dell'equilibrio tra i valori delle prestazioni esistente al momento della conclusione del contratto. L'onerosità sopravvenuta deve essere tale in relazione al tempo della conclusione del contratto. In secondo luogo deve trattarsi di una *onerosità eccessiva*, che crea cioè uno squilibrio economico grave tra prestazione e controprestazione. Il tutto deve riguardare rapporti di durata ovvero ad esecuzione differita, in quanto si verifica un aggravio economico che colpisce l'esecuzione della prestazione, ovvero in quanto si verifica uno svilimento della controprestazione. Tale eccessiva onerosità deve dipendere da avvenimenti straordinari e imprevedibili, non rientranti cioè nell'alea normale del contratto. Occorre infine che la controparte non abbia offerto di modificare equamente le condizioni contrattuali. Difatti, è da notare che il meccanismo proprio della risoluzione per

⁷² Sul concetto di presupposizione nel contratto si veda: F. ALCARO, "La condizione nel contratto", 2008, p.19; M. BESSONE, "Adempimento e rischio contrattuale", Milano, 1969, p. 207; D. CACCAVALE, "Giustizia e presupposizione", Torino, 2005; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, Torino, 2011, p. 658 e ss.

eccessiva onerosità non opera di diritto, bensì giudizialmente⁷³, per il tramite di un sindacato rimesso al giudice circa la ricorrenza di ciascuna delle situazioni che legittimano la parte a far uso del rimedio; a differenza della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, la quale opera di diritto, automaticamente.

5. Il principio di proporzionalità.

Si è in precedenza rilevato che, ai sensi dell'art. 1374 c.c., la prima fonte di integrazione del contratto è costituita dalla legge. Un'attenta dottrina ha opportunamente rilevato che il termine «legge» deve essere inteso in senso lato con riferimento a qualsiasi disposizione normativa stabilmente e istituzionalmente vigente da qualsiasi fonte provenga e di qualsiasi livello sia, compresi i principi.⁷⁴ Anche i principi sono pertanto idonei ad integrare il contratto. Ciò 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. A seguito di questa premessa, è importante precisare che la dottrina ha teorizzato un importante principio in tema di integrazione del contratto ovvero *il principio di proporzionalità*⁷⁵. Tale principio viene considerato come una norma idonea a ricondurre ad equità le contrattazioni private nella ipotesi in cui tra le prestazioni delle parti si ravvisa un forte e significativo squilibrio. In primo luogo, occorre chiarire che esso è, senza dubbio, un principio generale e fondamentale del diritto comunitario, anche se la Costituzione italiana fa un espresso riferimento al principio di proporzionalità attraverso, ad esempio, l'art.36 Cost. che sancisce l'obbligo di una retribuzione proporzionata e sufficiente, l'art. 53 Cost. in relazione all'obbligo di concorrere alla spesa pubblica in proporzione alla capacità contributiva di ciascun cittadino. Il principio di proporzionalità inoltre, è presente anche nel nostro codice civile, in numerose norme, specie in quelle relative ad ipotesi di riduzione del corrispettivo, in quelle che consentono la scelta tra risoluzione e riduzione e

⁷³ E' di questo avviso: F. GAZZONI, "Manuale di diritto privato", Napoli, 2015, p.963.

⁷⁴Sul principio di proporzionalità si veda: S. ROTODA', *op. cit.*, Milano, p.118 ss.; M. NUZZO, *op. cit.*, Torino, 2015, p.240; P. PERLINGIERI, "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità", Napoli, 2001; E. CANNIZZARO, "Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale", Milano, 2000.

⁷⁵ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, Napoli, 2001, p.335 ss.

quelle sulla gravità dell'inadempimento. È perciò possibile affermare che anche all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, è presente il principio di proporzionalità. Pertanto, esiste anche nel nostro sistema normativo la tendenza a riconoscere l'esigenza di un sostanziale equilibrio tra le prestazioni contrattuali delle parti e, di conseguenza non è possibile tollerare gravi ed ingiustificate sproporzioni tra le prestazioni stesse. Il principio di proporzionalità, insieme alla clausola generale della buona fede, costituisce il criterio da applicare per riequilibrare contrattazioni gravemente sproporzionate. Secondo la dottrina che ha teorizzato il principio di proporzionalità, questo sarebbe gerarchicamente superiore rispetto alla clausola generale di buona fede, nel senso che non potrebbero coesistere due principi generali in materia contrattuale. Il principale sarebbe perciò, il principio di proporzionalità, e la buona fede si limiterebbe a rappresentare un uso correttivo, nel senso che il principio di proporzionalità stesso andrebbe applicato secondo buona fede. Tuttavia, questa teoria è criticabile in quanto non è possibile indicare una gerarchia tra questi due principi perché anche la clausola generale di buona fede governa la materia delle contrattazioni private in modo incontestabile. È opportuno quindi precisare che il principio di proporzionalità si applica in caso di grave squilibrio contrattuale e, dove è ravvisabile anche un comportamento sleale e contrario a buona fede di una delle parti, l'interprete deve applicare contestualmente il principio della buona fede al fine di ricondurre la trattativa contrattuale a giustizia ed equità. Si è in precedenza sottolineato come il principio di proporzionalità rappresenta il risultato di un processo culturale europeo. In tal senso, sembra utile anche sottolineare che lo stesso principio oggi è ritenuto anche un principio generale di diritto internazionale, il quale è però caratterizzato da un'assoluta parità tra gli Stati. Tuttavia anche nell'ambito di rapporti giuridici apparentemente paritari si possono produrre delle situazioni nelle quali è possibile rinvenire un potere di interferenza rispetto a posizioni giuridiche altrui. In questa ottica il principio di proporzionalità è visto come criterio utile per individuare le limitazioni alla discrezionalità del potere degli Stati. Nel diritto comunitario, invece, il principio di proporzionalità è la norma giuridica vincolante, alla quale può appellarsi qualsiasi cittadino dinanzi ad un tribunale affinché questo vada ad applicarla. Inoltre, il principio di proporzionalità riceve espressa disciplina nel Trattato CE ed è come tale, direttamente applicabile nel nostro ordinamento. Per quanto riguarda proprio la rilevanza che questo principio assume nell'ordinamento italiano, la dottrina è da tempo concorde nel ritenere che il principio di proporzionalità deve ritenersi di

applicazione generale, nell'ambito dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadini e nell'ambito privatistico, ed in particolare nella materia dei contratti. Nel nostro sistema giuridico il principio di proporzionalità è una norma imperativa facente parte di un ordine pubblico economico, che svolge una funzione di controllo sugli atti di autonomia privata. Insomma, il principio in questione vieta sproporzioni macroscopiche tra le prestazioni contrattuali e consente, in caso contrario, di ricondurre il contratto ad equità. Il giudice, grazie all'applicazione del criterio di proporzionalità, esercita un potere che gli consente di sindacare i contratti sperequati al fine di attuare un intervento riequilibratore. In definitiva il principio di proporzionalità è un criterio normativo di valore costituzionale, la cui applicazione permette di reagire agli eccessivi squilibri contrattuali, determinati, il più delle volte, da una diseguaglianza di forza originaria tra le parti. Difatti, le discriminazioni derivanti dalla posizione di supremazia di una delle parti del contratto disattendono il principio di eguaglianza sostanziale. Ciò comporta conseguenze anche sul piano del mercato, giacché il corretto funzionamento dello stesso, presuppone l'esclusione di approfittamenti ingiustificati. In questo contesto il principio di proporzionalità ha valenza quantitativa, nel senso di giusta proporzione tra elementi omogenei, comparabili e quantificabili. Non mira ad imporre una equivalenza delle prestazioni, ma a vietare una sproporzione eccessiva e ingiustificata tra le stesse. Il principio di proporzionalità può, dunque, ragionevolmente essere considerato una nuova fonte di integrazione del contratto, mediante la quale il giudice riequilibra la contrattazione vistosamente sproporzionata.

CAPITOLO IV°

La discrezionalità del giudice nella correzione giudiziale del contratto.

1. Il superamento della teoria della intangibilità contrattuale.

Dopo la disamina delle ipotesi di interpretazione ed integrazione del contratto da parte del giudice, è opportuno comprendere perché una parte della dottrina ha assunto, nel corso di questi anni, un atteggiamento così ostile a ritenere ammissibile nel nostro ordinamento l'esistenza del potere correttivo del giudice sul contratto. Si è accennato in precedenza che le cause di questo atteggiamento consistono nel fatto di ritenere il contratto, essenzialmente, come una realtà appartenente solo ed esclusivamente al mondo dei privati contraenti; il contratto sarebbe, perciò, intangibile da qualsiasi fonte esterna. La dottrina in questione, non esclude un intervento legislativo limitativo dell'autonomia privata ma, allo stesso tempo, considera tale intervento come del tutto eccezionale. In un tale contesto, evidentemente, se già l'intervento legislativo limitativo della *lex contractus* è guardato con "sospetto", quello giudiziale è ritenuto praticamente inammissibile. Da tali argomentazioni è facile dedurre che non vi è spazio, nel nostro sistema giuridico, per l'idea di un giudice che svolge, invito domino e nel silenzio della legge, il ruolo di un *brasseur d'affaires* e di interessi privati.⁷⁶ Tanto meno vi può essere spazio per quella di un giudice che si muove al fine di espugnare la «cittadella» dell'autonomia privata, sulla quale si è sempre fondato il diritto civile.⁷⁷ Allo stesso modo, questa autorevole dottrina ha rilevato che il giudice «non può mettere i piedi nel piatto» e modificare d'imperio le condizioni dello scambio, neppure quando lo faccia allo scopo di assicurare la «giustizia» sostanziale della transazione. Al giudice non spetta mai il potere di sovrapporre all'accordo delle parti rettifiche correttive che a lui sembrano «più eque». La stessa dottrina, d'altronde, si mostra perplessa anche nei confronti di discipline, quali quella in materia di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, o quella in tema di usura, affermando che "si agita lo spettro

⁷⁶ Con più precisione si tenga conto: G.B. FERRI, "Autonomia privata e poteri del giudice", 2004;

F. SANTORSO PASSARELLI, "Negozio e giudizio", in "Saggi di diritto civile", Napoli, 1961, p. 352: insiste sul contratto come libera determinazione delle parti, e - pur riconoscendo il valore dei *Principi Unidroit e Lando* - afferma che "giungono dal legislatore segnali non confortanti".

⁷⁷ Così, testualmente, P. SCHLESINGER, "L'autonomia privata e i suoi limiti", Milano, 1999.

dell'introduzione nel nostro sistema di una figura generale di contratto a prestazione squilibrata, con il rischio che i giudici si sentono legittimati a sindacare in via pregiudiziale la equità di qualsiasi pattuizione, per verificare se le prestazioni a carico delle parti possono o meno giudicarsi proporzionate, mettendo a confronto i sacrifici sostenuti o promessi da ciascuna di esse." Pur dovendo affermare che, l'intervento correttivo del giudice è ammissibile in presenza di uno squilibrio grave, e non semplicemente "iniquo", vanno ora, indicate concretamente le cause che determinano questo atteggiamento di chiusura della dottrina nei confronti del potere creativo del giudice. Esse derivano, innanzitutto, dal "dogma della volontà contrattuale" che, pur essendo formalmente superato da tempo, continua a pervadere lo spirito della dottrina che crede appunto, nella supremazia della volontà privata e della conseguente assoluta intangibilità del contratto.⁷⁸ La critica del dogma della volontà, secondo il quale il negozio giuridico è un atto di volontà interna⁷⁹, con la conseguenza che il negozio stesso dovrebbe ritenersi nullo se alla manifestazione di volontà non corrisponde un identico interno volere, è stata esposta da una autorevole dottrina⁸⁰, che al contrario ritiene prevalente la esternalizzazione della volontà, considerando invece del tutto irrilevante il mutevole intimo volere. Da tutto ciò è derivato una discussione dottrinale, tra i due schieramenti, sulla quale è opportuno soffermarsi, per comprendere come questa disputa, e ciò che ne è seguito, hanno contribuito a determinare i problemi relativi all'accettazione del potere correttivo del giudice ed al conseguente superamento della teoria dell'intangibilità del contratto. Secondo la dottrina sostenitrice del "dogma della volontà" il negozio giuridico è un atto di volontà. Al fine di dimostrare la propria tesi, la dottrina in questione ha esaminato numerosi articoli del codice civile, per mettere in evidenza come essi fanno sempre riferimento alla volontà, all'intenzione, al proposito, all'accordo, non mostrando mai di dare rilevanza alla dichiarazione esterna. I gesti, i segni esteriori, sarebbero pertanto irrilevanti, ed anzi vengono considerati come

⁷⁸ È di questo avviso anche P. PERLINGIERI, "Il diritto civile nella legalità costituzionale", Napoli, 1991, p.321, secondo il quale l'autonomia privata non può essere considerata un dogma ed un postulato. E' bene menzionare su questo concetto anche F. GALGANO, "Libertà contrattuale e giustizia del contratto", Padova, p.509 ss.

⁷⁹ In questo ambito è opportuno menzionare l'illustre teorico del volontarismo G. STOLFI, "Teoria del negozio giuridico; il negozio giuridico è un atto di volontà", Torino, 1961.

⁸⁰ E. BETTI, G. CRIFO', "Teoria del negozio giuridico", 1994, p.51 ss.; Mentre sulla disputa del dogma della volontà cfr. specialmente, P. PERLINGIERI, *op. cit.*, Napoli, 1991, p.320 ss.; P. BARCELLONA, "Formazione e sviluppo del diritto privato moderno", Napoli, 1987, p.324 ss.

qualcosa che potrebbero dar luogo ad ambiguità, che solo l'effettivo interno volere potrebbe chiarire. L'art. 1338 c.c. sembra confermare la tesi volutaristica in questione: «in tale ipotesi il dichiarante colpevole è responsabile del risarcimento del danno alla controparte, ma non è tenuto affatto ad eseguire il negozio giuridico non voluto.» In questa ipotesi, il risarcimento si giustifica perché la parte ha fatto affidamento sulla validità dell'atto; se si tutela l'affidamento, non vi è alcuna conseguenza in ordine alla validità dell'atto, ma solo una sanzione risarcitoria. In concreto, il dogma della volontà comporta l'assunzione della sacralità delle scelte volutaristiche individuali e l'intangibilità delle scelte dell'individuo da parte di qualsiasi fonte eteronoma. In conclusione solo il contratto può autointegrarsi mentre, viene assolutamente escluso un intervento correttivo giudiziale. In realtà il dogma della volontà, appare oramai essere superato e sostituito dalla c.d. *“Teoria precettiva”*⁸¹ del negozio proposta dalla più moderna parte della dottrina che, ha considerato la volontà interna come un elemento inafferrabile ed incontrollabile, inidoneo a creare di per sé relazioni giuridiche. In base alla teoria precettiva, difatti, solo dalla dichiarazione esterna della volontà possono derivare effetti giuridici vincolanti per le parti, poiché solo essa è socialmente riconoscibile. Non si può dare valore, perciò, a dati soggettivi ma solo ad elementi oggettivi, suscettibili di valutazione esterna. Conseguentemente, essendo la dichiarazione di volontà un dato oggettivo, il negozio giuridico è un precetto dell'ordinamento che ha efficacia vincolante all'esterno. La distinzione con la teoria della volontà è palese perché, quest'ultima, dando rilievo ad un elemento meramente interno, non permette di riconoscere all'esterno l'atto, come fatto sociale dotato di valore normativo. In tal modo la teoria della volontà fa credere nella onnipotenza della volontà individuale, inducendo così a disconoscere i molteplici limiti sociali e giuridici dell'autonomia privata. In questo senso, la volontà interna rimane assorbita dalla dichiarazione che, per la sua natura normativa e non psicologica è qualcosa di separato dalla persona. La teoria precettiva, invece, pur considerando la volontà come un elemento essenziale del negozio giuridico, sottolinea che questo elemento deve rendersi sempre riconoscibile all'esterno al fine di assumere valore giuridico. Sia la teoria della volontà che quella precettiva si distinguono fra di loro solo perché attribuiscono un diverso

⁸¹ Sulla teoria precettiva si segnalano: F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *“Manuale di diritto civile”*, III, *“Il contratto”*, Torino, 2008, p. 440 ss.; M.C. DIENER, *“Il contratto in generale”*, Torino, 2010, p. 9 e ss.; N. LIPARI, P. RESCIGNO, *“Diritto civile”*, I, p. 5 ss.; V. ROPPO, *op cit.*, Torino, 2011, p. 41 ss.

rilievo alla volontà ovvero alla sua esterna manifestazione ma, tuttavia entrambe le teorie sono comuni nel presupporre il valore superiore dell'autonomia privata, definita come intoccabile e non suscettibile di invasioni dall'esterno; anzi proprio la teoria precettiva porta a conseguenze più estreme, perché garantisce al negozio una portata sociale ed esteriore che accresce il rilievo della sacertà delle contrattazioni private, e della assoluta “*signoria dell'autonomia privata*”. Finora sono state esaminate le posizioni delle dottrine più conservatrici, ad esse tuttavia, in qualche modo si contrappone una giurisprudenza più sensibile alle esigenze pratiche, che si sostanziano principalmente nella tutela del c.d. “*contraente debole*”⁸², laddove questo è vittima di gravi scorrettezze contrattuali, o ha comunque stipulato un contratto eccessivamente squilibrato che ha determinato una forte distorsione nel mercato. In conclusione, da queste osservazioni si può oramai trarre che, per quanto riguarda il dogma della volontà, e quello conseguente dell'intangibilità del contratto, si può affermare che queste concezioni sembrano oramai essere superate. Si è, infatti, da tempo rilevato che la volontà contrattuale non è la sola fonte del contratto, ma con essa concorrono altre fonti legislative e di creazione giudiziale. Tutto ciò porta ad affermare che, il regolamento contrattuale non è solo autointegrato ma anche eterointegrato. È opportuno però, specificare che il contratto resta senz'altro un atto di autodeterminazione privata ovvero il mezzo mediante il quale le parti possono liberamente definire i propri interessi. Tuttavia, la libertà contrattuale, nell'attuale sistema giuridico, non è più completamente svincolata da qualsiasi limite perché il legislatore si è mostrato sensibile al soddisfacimento di nuove esigenze come, la tutela dei consumatori, individuati come categoria debole, meritevole di una tutela non meramente formale ma sostanziale. Con il passare del tempo, inoltre, il legislatore si è reso conto che i consumatori non sono gli unici soggetti deboli del mercato, ma ad essi si affiancano anche i piccoli imprenditori. Il riconoscere, dal punto di vista legislativo, una maggiore tutela a queste categorie deboli di contraenti, ha comportato una progressiva erosione dei dogmi tradizionali esaminati in precedenza, i quali hanno, inoltre, subito un forte deterioramento con l'affermazione del “*Principio di buona fede*” al quale i contraenti devono attenersi durante tutto il corso delle trattative e fasi previste per la conclusione del contratto. In base alle conclusioni fatte è

⁸² Sulla tutela del contraente debole da notare: M. C. CHERUBINI, “*Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*”, 2005; A. FERRETTI, “*La tutela del consumatore-contraente debole nella dimensione personalistica*”, 2015; G. B. DE MARINIS, “*La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*”, 2013.

opportuno, attualmente, riconoscere al giudice l'esercizio di un esplicito potere correttivo del contratto, potere che viene ritenuto come *“atto di generale controllo su tutti gli atti di autonomia privata”*.

2. Il potere correttivo del giudice.

La normativa dei contratti del consumatore, quella a protezione delle imprese più deboli, e l'affermazione di principi e diritti fondamentali garantiti ad i c.d. contraenti deboli costituiscono le ragioni evidenti dell'affermazione in capo al giudice di un potere correttivo da esercitare sulla *lex contractus*. Appare, inoltre, sempre più pressante l'esigenza di rispettare, nelle contrattazioni private, il principio di proporzionalità⁸³, non nel senso che il contratto deve essere ad ogni costo perfettamente equilibrato, ma nel senso che l'autonomia privata deve essere esercitata in modo da evitare gravi squilibri che risultano intollerabili. Questa considerazione nasce dall'analisi del dettato normativo, comunitario e nazionale, oltre che da una interpretazione giurisprudenziale. Difatti, in caso di gravi squilibri, il nostro ordinamento non prevede, nella maniera più assoluta, sanzioni di nullità delle contrattazioni inficiate anche perché sarebbe antieconomico porre nel nulla le determinazioni private, laddove l'interesse principale dei contraenti resta prevalentemente quello di conservare il contratto. Ed allora, è proprio in questa chiave di lettura, che non si può continuare a negare la possibilità per il giudice di intervenire e correggere il contratto. In primo luogo, va osservato che il giudice, nello svolgimento dell'attività correttiva, ai sensi dell'art.1367 c.c., *«ha il dovere di interpretare il contratto o le clausole nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno.»* Questa chiara volontà legislativa permette di affermare che, il giudice ha un potere di intervento sul regolamento contrattuale, ma che l'esercizio di questo potere non deve contrastare con l'autonomia privata delle parti contraenti. Il giudice quindi, deve intervenire solo quando un contratto è gravemente squilibrato nel senso che, è in contrasto

⁸³ E. CAPOBIANCO, *“L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori”*, p.377 ss.; F. CAMILLETTI, *“Profili del problema dell'equilibrio contrattuale”*, p.167 ss.; S. TROIANO, *“Significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto”*; G. VETTORI, *“Autonomia privata e contratto giusto”*; V. ROPPO, *“Il contratto del duemila”*, Torino, 2011, p. 65 e ss.

con il principio di proporzionalità o quando il contratto stesso è frutto di un abuso di una parte contraente sull'altra. In pratica, in queste ipotesi, il contratto non può considerarsi validamente posto in essere, a meno che si ritiene che le clausole generali, come la proporzionalità e la buona fede⁸⁴ sono state rispettate nel corso della contrattazione. A questo punto occorre precisare che, se si restasse fedeli al dogma dell'intangibilità del contratto, nei casi di gravi squilibri contrattuali, si giungerebbe al negativo risultato della dichiarazione di inefficacia del contratto, o alla sua risoluzione. Viceversa, consentendo un intervento correttivo del giudice, il contratto resta in vita attraverso l'esercizio da parte del giudice stesso della *reductio ad aequitatem* che permette, appunto di correggere il contratto in modo equo e conforme il più possibile alle intenzioni di entrambe le parti, e non solo di quella debole. Pertanto, non è comprensibile affermare che l'esercizio del potere correttivo del giudice porta necessariamente a scelte contrarie o antagonistiche all'autonomia privata dei contraenti se, come si è detto, attraverso l'intervento del giudice il contratto rimane in vita garantendo così alle parti stesse il soddisfacimento dei propri interessi. Una conferma di tutto ciò giunge dai Principi Unidroit, che hanno esaltato il potere correttivo, fino a farne una regola generale, sia nell'ipotesi di squilibrio originario del contratto, che di squilibrio determinato da sopravvenienze nei contratti ad esecuzione continuata. Si ricorda, inoltre, che questa nuova funzione del giudice, tra l'altro, non solo permette la conservazione del contratto, con il suo adeguamento, in modo rispettoso dell'autonomia delle parti, ma consente anche un riequilibrio più generale dell'andamento del mercato⁸⁵, correggendo quelle distorsioni che deviano il mercato stesso dal suo fisiologico sviluppo. Infine non è condivisibile l'idea che, il giudice, esercitando sul contratto un potere correttivo, possa prendere decisioni arbitrarie; questo perché esso ha l'obbligo di motivare le sue pronunce, ed una congrua ed equilibrata motivazione è in grado di eliminare il pericolo di valutazioni soggettive. Inoltre, l'ancoraggio della motivazione ai canoni e valori fondamentali dell'ordinamento contribuisce ad escludere ogni rischio di indeterminatezza.

⁸⁴Sul principio di buona fede: V. ROPPO, *“Diritto privato”*, Torino, 2014, p. 512; M. BESSONE, *“La disciplina generale del contratto, dalle Istituzioni di diritto privato”*, Torino, 2013 p. 88 e ss.; M. BESSONE, *“Istituzione di diritto privato”*, Torino, 2012, p. 567 e ss.

⁸⁵ Più nello specifico: A. SOMMA, *“Mercato liberista e mercato solidale.” “Riflessioni minime sull'equilibrio economico-sociale nel diritto dei contratti, in Squilibrio e usura nei contratti”*, Padova, 2002, p. 623.

3. L'equità correttiva e la buona fede.

Equità e buona fede sono criteri individuati dal codice civile come fonti di integrazione del regolamento contrattuale. È arduo distinguere l'equità dalla buona fede risultando entrambi parametri di valutazione del regolamento contrattuale volti ad individuarne l'esatta portata in chiave di interpretazione della volontà contrattuale, di una sua integrazione o correzione. Secondo l'impostazione dottrinale prevalente, la distinzione andrebbe ricercata nel fatto che mentre l'equità è rivolta alla perimetrazione degli obblighi contrattualmente assunti dalle parti, la buona fede sarebbe fonte di obblighi ulteriori. L'equità opera solo in via subordinata rispetto alla legge ed agli usi normativi e deve poi, essere distinta dall'equità formativa e creativa che è criterio alternativo al diritto con il quale possono essere decise le controversie. Essa si sostanzia nel giusto temperamento dei diversi interessi dei contraenti. Con il termine equità correttiva si allude ai casi, eccezionali, nei quali il giudice può modificare il contenuto del contratto, così come voluto dalle parti. Questi, sono i casi della riduzione della clausola penale manifestamente eccessiva di cui all'art. 1384 c.c. e della riduzione dell'indennità di cui all'art. 1526 c.c. L'equità correttiva, inoltre, comporta il bilanciamento tra le prestazioni contrattuali e, appunto, la correzione degli effetti del contratto predisposti dalle parti che risultano concretamente ingiusti. Tutto ciò viene confermato dalla dottrina italiana più recente che, sottolinea come il concetto di equità correttiva, è corrispondente a quello di equilibrio contrattuale e di giusta proporzione delle prestazioni. La *buona fede*, di cui all'art. 1375 c.c., è la buona fede intesa in senso oggettivo che, secondo l'opinione prevalente, coincide con il parametro della *correttezza* individuato all'art. 1175 c.c. e cioè il criterio cui devono ispirarsi le parti nella fase attuativa del rapporto di obbligazione. Dalla buona fede intesa in senso oggettivo, va distinta la buona fede in senso soggettivo, individuata in varie norme del codice, che si sostanzia nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto. Come già detto, la buona fede oggettiva è fonte di obblighi ulteriori rispetto a quelli puntualmente disciplinati dal regolamento contrattuale, obblighi volti alla tutela delle aspettative della controparte nei limiti in cui tale tutela non importi un apprezzabile sacrificio. Tra tali obblighi ulteriori sono stati individuati, innanzitutto, quello di tolleranza di parziali variazioni del contenuto della prestazione attesa quando queste variazioni non sono idonee a scalfire l'interesse del contraente creditore; il contrapposto obbligo di modificare la prestazione dovuta, ove tale modifica non comporta apprezzabili sacrifici e laddove la prestazione originariamente pattuita non

sia più idonea a soddisfare l'interesse del creditore; il divieto di abusare del diritto, di esercitarlo, cioè, non in senso difforme dal titolo contrattuale ma in modo strumentale e senza altro interesse se non quello di nuocere alla controparte; l'obbligo di informazione su circostanze idonee ad incidere sulla soddisfazione dell'interesse della controparte; gli obblighi di protezione qualora l'adempimento della prestazione comporti necessariamente l'ingresso del contraente debitore nella sfera personale del contraente creditore e la necessaria tutela di interessi ulteriori rispetto a quelli oggetto di attenzione in sede contrattuale. Si tratta di obblighi che non sono normalmente ricavabili dal tenore letterale del contratto, o che addirittura sono esclusi da questo, tuttavia entrano nel regolamento proprio mediante la buona fede. Sul presupposto che la parti contraenti hanno l'obbligo di cooperare fra di loro e di agire al fine di salvaguardare anche l'utilità altrui, queste possono essere tenute ad eseguire prestazioni non previste dal regolamento contrattuale. Così, nell'imminenza della scadenza del contratto, il conduttore ha l'obbligo di consentire al locatore di far visitare l'immobile ad aspiranti conduttori, purché ciò avvenga nel rispetto del diritto di godere del bene del contraente, ancorché questo diritto non sia espressamente disciplinato contrattualmente⁸⁶. Il venditore ha l'obbligo di prestare il proprio consenso per la rettifica del rogito, se sono stati erroneamente indicati dati catastali inesatti.⁸⁷ In sede di esecuzione, la parte può essere tenuta a modificare il proprio comportamento, adattandosi a modifiche della prestazione o alle modalità dell'esercizio del diritto. Ciò quando, come già ribadito, la modifica non richiede un apprezzabile sacrificio ed arreca un vantaggio per l'altra parte.⁸⁸ Questo dovere, da leggersi anche quale sanzione per l'abuso di diritto in senso lato, ricorre, ad esempio, nell'ipotesi in cui il debitore debba pagare un soggetto diverso dal creditore, quando ugualmente egli consegue l'effetto liberatorio ed ottenga la cancellazione dell'ipoteca iscritta sul bene acquistato. Gli obblighi di avviso e di informazione nel contratto sono tipizzati e più in generale assumono rilievo come doveri di protezione.⁸⁹ L'obbligo di informare assume una valenza specifica quando il debitore necessita di direttive per adempiere all'obbligazione⁹⁰ Il caso si pone con una certa

⁸⁶ Corte Cass., 7 settembre 1981, n. 5147, in *Foro it.*

⁸⁷ Così Corte Cass., 5 gennaio 1966, n. 89, in *Foro it.*

⁸⁸ Su questo concetto si veda: C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 480.

⁸⁹ G. GRISI, "Gli oneri e gli obblighi di informazione", in *"I contratti in generale"*, Torino, 1991, 573 e ss.

⁹⁰ A. LUMINOSO, "Impossibilità di comunicare con il mandante e obblighi del mandatario", 1997, p. 227.

frequenza nell'ambito degli appalti, quando l'appaltatore viene lasciato a sé stesso ed al termine dei lavori il committente contesta l'opera eseguita. Più in generale, questo obbligo aumenta in tutti i settori nei quali la prestazione debba essere resa da un professionista; ed è tanto maggiore, quanto minore è il grado di professionalità dell'altra parte. Il dovere di informare non si estingue con lo scioglimento del contratto per il recesso, se da questo la controparte può patire un danno. Il dovere di informazione, peraltro, è soggetto a limiti. L'obbligo di avviso e di comunicazione deve ritenersi strettamente limitato all'esecuzione della prestazione principale. Per di più, una parte non può denunciare la mancata informazione su fatti o su circostanze la cui conoscenza dipenda da una propria attività. In altri termini, la clausola generale di buona fede consente una valutazione del comportamento dei contraenti; l'equità invece, consente al giudice di fare ricorso ad un potere più ampio, adattando il regolamento negoziale al fine di farvi penetrare esigenze di giustizia, tenendo conto delle circostanze peculiari del caso. La buona fede consente alla parte contraente danneggiata dal comportamento scorretto assunto dall'altra parte di riappropriarsi delle occasioni perdute mentre l'equità consente un rimodellamento dell'operazione contrattuale. Altra distinzione tra la buona fede ed equità, sta nel fatto che la prima, è una clausola generale mentre, la seconda può essere definita come la giustizia del caso concreto. Tuttavia è stato già osservato che il giudice nell'applicare la buona fede o l'equità, in termini concreti, compie operazioni simili⁹¹. Deve essere precisato poi che, sul piano sanzionatorio, la violazione della buona fede, in tutte le sue esposte accezioni, prevede il rimedio del risarcimento del danno (sub specie di responsabilità contrattuale o extracontrattuale) oppure, nei casi più gravi, della risoluzione per inadempimento, o ancora, l'applicazione dell'*exceptio doli generalis* contro l'azione che rappresenti esercizio abusivo del diritto. Tuttavia di recente, la giurisprudenza, soprattutto in materia di contratti del consumatore, ha prospettato la possibilità che la buona fede, elevata a mezzo di controllo dell'autonomia negoziale, diventa una vera e propria regola di validità del contratto. È evidente che da questa premessa ne deriverebbe, sul piano sanzionatorio, che alla sua violazione fa seguito la nullità virtuale della stipulazione del contratto come conseguenza della violazione di una norma imperativa che impone condotte corrette proprio in sede di stipulazione. C'è da precisare, però, che tale interpretazione è stata

⁹¹ È di questo avviso un massimo esponente della dottrina italiana, R. SACCO., "Il contratto", in "Trattato di Diritto Civile", Torino, 1975, pag. 798 e ss.

utilizzata solo in materia di contratti di intermediazione finanziaria da quella parte di giurisprudenza che ha intravisto nella omissione degli obblighi informativi, che l'intermediario finanziario deve assolvere in favore del risparmiatore-investitore, un comportamento contrario a buona fede a tal punto da inficiare la validità stessa dei contratti conclusi⁹² punibili con la loro nullità. Sul rapporto tra buona fede ed equità inoltre, si è convenuto, da più parti⁹³, che la prima, intesa in senso soggettivo ha in comune con l'equità la funzione di promuovere la piena realizzazione dello scopo del contratto. Tuttavia, mentre l'equità comporta che il giudice investito del suo ministero integra e adatta il regolamento contrattuale conformandolo a esigenze di giustizia provenienti da circostanze di fatto peculiari, irriducibili a tipologie normali, il giudizio di buona fede prevede la valutazione del contratto alla stregua di tipi normali di comportamento, riconosciuti come norme sociali, dai quali il giudice trae un criterio di interpretazione del regolamento negoziale oppure un criterio di esplicazione delle sue modalità esecutive. Il ricorso all'equità, osserva la dottrina, presuppone lo scardinamento del caso da precedenti modelli generali, la non comparabilità con altri casi già sperimentati, e in questo senso si può dire che occupa, rispetto al criterio della buona fede, uno spazio residuale⁹⁴. Proseguendo nella analisi si evidenzia una profonda diversità tra i giudizi svolti alla luce della fonte equitativa e quelli di buona fede. Il giudizio che si svolge sulla base dell'equità intesa anche come fonte di diritto è evidentemente legato al vincolo imposto dalla fattispecie, ovvero da un insieme di dati linguistici di portata evocativa e figurativa che limitano il giudice nel suo potere d'interpretazione in quell'ambito circoscritto. La buona fede, viceversa, priva di un contenuto tassativo e, spesso, di un singolo ambito operativo, presuppone in primo luogo

⁹² Non si dimentichi, tuttavia, che al di là dei contrasti di vedute in merito-resta regola immanente nel nostro ordinamento giuridico la distinzione tra norme di comportamento, la cui violazione dà origine a responsabilità aprendo la strada anche al rimedio della risoluzione, e norme di validità dei contratti, la cui violazione incide sulla genesi del contratto determinandone la nullità. Ciò si precisa perché è la stessa giurisprudenza proprio in tema di obblighi di informazione gravanti sugli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento a ribadire tale distinzione; R. TOMMASINI, *"Autonomia privata e rimedi di trasformazione"*, Torino, 2013 p. 22 e ss.; A.A. PELLICANO, *"L'accordo delle parti nella conclusione del contratto"*, 2013, p.100 e ss.

⁹³ L. MENGONI, *"Spunti per una teoria delle clausole generali"*, p. 12

⁹⁴ Per contributi simili, anche volti a sostenere la necessaria distinzione tra equità e correttezza, si veda S. RODOTÀ, *"Le fonti integrative del contratto"*, Milano 1969; R. SACCO, op.cit. Torino, 1975, in particolare p. 798

la risoluzione del problema della concettualizzazione di quei dati linguistici.⁹⁵ Nella prospettiva richiamata, la buona fede può assolvere diverse e specifiche funzioni come quella di integrare le regole applicabili ai rapporti giuridici intercorrenti tra i privati, quella di limitare i poteri e le facoltà che in essi si esercitano. L'equità è quindi regola di giudizio ovvero giustizia del caso concreto, e non, come prima esposto, *clausola generale*⁹⁶ perché interviene nei soli casi previsti. Non è una clausola generale perché le clausole generali sono fattispecie incomplete cui il giudice si rivolge per decidere il caso concreto. L'equità è invece un criterio di giustizia del caso singolo. In questo caso, il giudice può giudicare secondo equità, ad esempio quando vi è un accordo delle parti e si controverta su diritti disponibili. L'equità opera come un elemento che sospende l'operatività della legge, in considerazione alle circostanze del caso singolo e solo di quel caso. Le clausole generali devono poi distinguersi dalle norme generali. Queste ultime, prodotte secondo la tecnica della fattispecie forniscono al giudice un potere di discrezionalità di fatto. L'interprete infatti adatta il caso concreto alla fattispecie astratta che la norma gli predispone, senza alcun potere creativo. Cosa ben diversa è la clausola generale perché in questo caso il giudice ha un potere discrezionale di diritto. Esso infatti rivolgendosi a valori che sono al di fuori del dato positivo crea la regola applicabile al caso concreto, in armonia con il vaglio sistematico. In conclusione, con specifico riferimento alla funzione correttiva dell'autonomia privata assolta dall'equità, la dottrina precisa che le previsioni contenute negli artt. 1384 e 1526, comma 2, c.c.⁹⁷, rappresentano delle eccezioni, espressamente

⁹⁵ S. RODOTÀ, *“Il tempo delle clausole generali”*, pp. 261-262,

⁹⁶ Le “clausole generali” sono delle fattispecie incomplete, inserite in altre norme, le quali svolgono il ruolo di valvole di sicurezza dell'ordinamento. Grazie ad esse infatti, all'interprete viene attribuito il potere di creare la norma, attingendo anche ad elementi altri dal dettato positivo. Le clausole generali, nell'elaborazione concettuale migliore che è stata fornita da L. MENGONI, *“Spunti per una teoria delle clausole generali”*, 1986, possiamo qualificarle come norme che impongono al giudice una direttiva di scelta per la risoluzione del caso concreto. Il giudice, rivolgendosi ad esse, attinge a valori sociali extra-positivi al fine di decidere il caso concreto. Ciò non vuol dire che il giudice mediante l'utilizzo delle clausole generali diviene una figura onnipotente. Le clausole generali devono, infatti creare dei modelli cui il giudice si può rivolgere al fine di argomentare la propria decisione. Sono esempi di clausole generali oltre alla buona fede, il buon costume, la forza maggiore, la giusta causa, la diligenza del buon padre di famiglia o la correttezza professionale per le fattispecie di concorrenza sleale. Per approfondire si veda A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *op. cit.*, Milano, 2011, p. 41.

⁹⁷ L'art. 1384 c.c., in precedenza richiamato, prevede il potere del giudice di ridurre l'ammontare della clausola penale manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento. Con analoga formulazione, l'art. 1526, comma 2, c.c., dettato nell'ambito della disciplina della vendita con riserva di proprietà,

volute dal legislatore, alla regola generale che vede l'equità quale criterio residuale di integrazione del contratto, che interviene solo quando il legislatore abbia fatto ad essa espresso riferimento. Peraltro, si aggiunge che, a differenza della buona fede, l'equità opera soltanto sul piano del contenuto economico dello scambio fra le prestazioni, senza comportare la nascita di diritti che l'accordo non abbia già previsto, né l'inefficacia di clausole.

4. Il contratto iniquo.

Nei capitoli precedenti, sono stati esaminati i concetti di contratto squilibrato e sproporzionato. È opportuno, ora, chiarire che, al fine di dare una nozione giuridica di *contratto iniquo*, occorre richiamare sia il principio di equilibrio contrattuale, sia il principio di proporzionalità per capire, inoltre, quali sono le conseguenze che derivano dalla conclusione di un accordo contrattuale affetto da grave iniquità. Per *contratto iniquo* si intende il contratto ingiusto, perché il riferimento alla giustizia del contratto evoca l'aspirazione a contrattazioni equilibrate. Il regolamento contrattuale, laddove è il frutto della libera esplicazione dell'autonomia negoziale, è considerato giusto e sicuramente intangibile da parte dell'autorità giudiziaria; questo perché soltanto le parti, in assenza di condizionamenti della volontà, sono competenti a valutare la convenienza dell'assetto di interessi delineato dal contratto, e la vantaggiosità del programma negoziale complessivo. Dunque, finché resta inalterata la "*regolarità formale del gioco contrattuale*"⁹⁸ il contratto, è da ritenersi equo e naturalmente, non c'è spazio, nel nostro ordinamento, per alcun controllo eteronomo sulla congruità delle prestazioni pattuite. Laddove, invece, il procedimento di formazione del contratto è inficiato da anomalie connesse alla posizione di debolezza di una delle parti, il sindacato giudiziale appare ammesso in via generalizzata. Si tratta, comunque, di una conquista recente cui hanno contribuito, come già visto, oltre alla più moderna elaborazione dottrinale in materia contrattualistica, numerosi interventi legislativi, imposti dall'appartenenza all'Unione Europea. Da, questa doverosa premessa,

dispone che, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore, qualora si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo di indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta.

⁹⁸ P. BARCELLONA, "*Diritto privato e società moderna*", Napoli, 1996, p. 352.

si evince che, l'iniquità contrattuale o l'ingiustizia della contrattazione è un fattore rilevante in grado, di innescare una tutela contro contrattazioni risultate squilibrate solo quando, all'interno delle trattative contrattuali, una delle parti contraenti ha assunto una determinata posizione di debolezza che merita di essere protetta, o quando sussiste un interesse superindividuale (es. protezione del mercato creditizio o della concorrenza) da tutelare. Va detto, quindi, che non tutti i contratti iniqui o squilibrati devono essere corretti, ma che lo scopo di correggere i contratti in questione sorge quando viene rintracciata una condizione di debolezza di una delle parti contraenti, identificata nel deficit partecipativo alla formazione e conclusione del contratto. In particolare, a tal proposito, occorre menzionare l'art. 33, comma I°, del Codice del consumo, in virtù del quale, nei contratti stipulati tra consumatore e 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»*. Tale disposizione normativa, contiene un chiaro riferimento allo squilibrio normativo e quando questo può essere oggetto di sindacato giudiziale, ovvero quando il consumatore, inteso come contraente debole da proteggere, a causa di clausole vessatorie inserite nel contratto concluso con il professionista-contraente forte, subisce un grave squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti da contratto. In tema di iniquità contrattuale, una residua rilevanza viene, poi, attribuita anche all'equilibrio economico del contratto. L'art. 34, comma II°, del Codice del consumo precisa che: *«La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile»*. La convenienza economica dell'affare, quindi, acquisisce rilevanza ai fini della ingiustizia contrattuale nei confronti del consumatore-contraente debole, quando il filtro della individuazione del corrispettivo dei beni e servizi non è chiaro o comprensibile. Si osserva che, per espressa previsione legislativa, in tali ipotesi l'equità della stipulazione contrattuale viene ripristinata mediante l'espulsione delle clausole squilibranti. Infine, occorre menzionare un altro intervento legislativo che evidenzia la iniquità contrattuale e quando questa è da ritenersi grave perché lede la parte contraente c.d. debole. Tale intervento del legislatore, si è concretizzato con l'emanazione del d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, con cui l'Italia ha dato attuazione alla direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. In particolare, l'art.7 d.lgs. 231/02

prevede, la nullità dell'“*accordo gravemente iniquo.*” Con il termine grave iniquità, il legislatore fa riferimento alla grave sproporzione nelle contrattazioni private. Tuttavia, parte della dottrina⁹⁹ ha ritenuto questa formulazione legislativa generica¹⁰⁰; ed è del parere che, in concreto spetta al giudice considerare e valutare, di volta in volta quando l'accordo contrattuale deve essere ritenuto gravemente iniquo. In questo ambito va precisato che, pur essendo concordi con questa parte della dottrina che ritiene riservato alla giurisprudenza il compito di specificare quando la grave iniquità può ravvisarsi in concreto, va però osservato che altra dottrina ha già correttamente affermato che un accordo contrattuale deve considerarsi gravemente iniquo quando arreca un danno significativo al creditore, e quando si presenta privo di ogni giustificazione razionale ed oggettivamente riscontrabile¹⁰¹. In particolare, si è osservato che la situazione di grave iniquità contrattuale a danno del contraente-creditore ricorre quando il contraente- debitore abusa della libertà contrattuale che gli viene riconosciuta.¹⁰² Intesa in questo senso, però, la grave iniquità richiede sempre la sussistenza della mala fede del debitore, che abusa della sua posizione, o di altre circostanze a sé favorevoli, per sfruttare ed arrecare danno al contraente creditore che così va ad assumere una posizione di debolezza. L'accordo contrattuale, inoltre, risulta essere gravemente iniquo anche quando è connotato da una sperequazione eccedente il range rintracciabile all'interno della corretta prassi commerciale, senza che la necessaria presenza della mala fede del debitore¹⁰³. Secondo questa tesi, lo squilibrio eccessivo è rilevante in sé, risultando inaccettabile la sola sussistenza di una manifesta sproporzione tra le prestazioni. Diciamo che il legislatore italiano, con il d.lgs. 231/02, ha chiarito

⁹⁹ Si tenga conto in questo senso di: S. G. SIMONE, “*Il pagamento tardivo*”, Torino, 2005, p.131; E. MINERVINI, “*La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento*”, p. 194; F. MOLITERNI, “*La direttiva europea sui ritardati pagamenti fra tutela del credito e tutela del creditore*”, p. 59; P. MENGOZZI, “*I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*”, p. 133 e ss.

¹⁰⁰ Alcuni giuristi considerano la nozione di accordo gravemente iniquo o sproporzionato elaborato dal legislatore come concetto indeterminato. In senso conforme: V. PANDOLFINI, “*La nullità degli accordi «gravemente iniqui»*”, p. 504.

¹⁰¹ Così, A. M. BENEDETTI, “*L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*”, p. 115.

¹⁰² Questa tesi è riscontrabile in: D. MAFFEIS, “*Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento nei contratti commerciali*”, p. 742; A. LA SPINA, “*La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*”, p. 134.

¹⁰³ Così testualmente, A. PERRONE, “*L'accordo gravemente iniquo nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*”, p. 73.

definitivamente che, la grave iniquità dell'accordo risulta essere presente sia nei casi in cui il contraente-debitore viola la buona fede ma anche quando, la grave sproporzione delle condizioni normative ed economiche contrattuali non è frutto della mala fede del debitore stesso. In conclusione il legislatore, con il decreto legislativo in questione, ha voluto affermare un principio importante in base al quale, indipendentemente dalle asimmetrie contrattuali, devono ritenersi vietati quei comportamenti che determinano un intollerabile squilibrio contrattuale che distorce fortemente l'armonia e l'equilibrio del mercato che sempre di più si adegua ai principi costituzionali di solidarietà ed uguaglianza¹⁰⁴.

5. I rimedi esperibili a fronte di uno squilibrio contrattuale.

Dopo aver esaminato le ipotesi in cui, il nostro ordinamento, considera il contratto iniquo, ingiusto e squilibrato, occorre a questo punto, indagare se l'ordinamento giuridico stesso tutela in modo assoluto ed incondizionato l'assetto di interessi predisposto dalle parti, o se, al contrario, prevede degli istituti o rimedi atti a garantire un rapporto di proporzionalità o di equilibrio tra le prestazioni a prescindere dal volere privato, ed eventualmente anche in contrasto con esso¹⁰⁵. A tal fine, pare opportuno prendere in esame le norme dettate dal Codice civile in tema di *rescissione*¹⁰⁶ e di *risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*¹⁰⁷. Trattasi, infatti, di rimedi previsti dal legislatore del 1942 per far fronte

¹⁰⁴ Propende per questa impostazione: F. PROSPERI, "Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole", p.673 e ss.; P. PERLINGIERI, "Mercato, solidarietà e diritti umani", 1995, p. 245 e ss. Secondo gli autori un mercato è giusto quando tende, non sol al progresso economico, ma anche alla contestuale realizzazione dei valori fondamentali delle collettività democratiche.

¹⁰⁵ F. CAMILLETTI, "Profili del problema dell'equilibrio contrattuale", Torino, 2004, p. 39: "Nei contratti commutativi, in cui ciascuna prestazione ripete la propria validità e trova la propria giustificazione nell'altra, si è in passato ampiamente controvertito se tra i sacrifici patrimoniali sopportati dai contraenti debba esserci un rapporto di equivalenza, per cui il valore economico di una prestazione debba essere tendenzialmente uguale a quello dell'altra, oppure se questa relazione di corrispondenza non sia necessaria, per essere la valutazione di congruità rimessa alla volontà dei contraenti".

¹⁰⁶ G. MIRABELLI, "La rescissione del contratto", Napoli, 1962; A. D'ANGELO, V. ROPPO, "L'annuario del contratto", Torino, 2013; G. MARINI, "Rescissione", Milano, 1988, p. 966; G. SCALFI, "Il fondamento dell'azione di rescissione", 1949, p. 39.

¹⁰⁷ G. SCALFI, "Risoluzione del contratto", Roma, 1991; A. PINO, "L'eccessiva onerosità della prestazione", Padova, 1952; A. DE MARTINI, "Eccessiva onerosità, diminuita utilità della controprestazione e principio di

ad ipotesi in cui vi è una alterazione del sinallagma che determina uno squilibrio tra le prestazioni, il quale dipende dallo stato di pericolo o dallo stato di bisogno in cui si trovava uno dei contraenti, oppure dipende dal verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili successivi alla conclusione del contratto¹⁰⁸. In tutti e tre i casi, elemento costitutivo della fattispecie è l'inadeguatezza fra prestazione e controprestazione, con la differenza che, mentre nelle ipotesi rescissorie si tratta di uno squilibrio originario, presente già al momento della conclusione del contratto, nella ipotesi risolutoria si tratta di inadeguatezza verificatasi successivamente alla sua conclusione, in conseguenza di accadimenti obiettivi, imprevisi ed imprevedibili, che hanno alterato il valore delle prestazioni¹⁰⁹. I casi di rescissione sono, previsti rispettivamente dagli artt. 1447 e 1448 del Codice civile. L'art. 1447 c.c., contempla l'ipotesi di chi ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la *necessità*, nota alla controparte, di salvare sé od altri dal *pericolo attuale di un danno grave alla persona*. La fattispecie giuridica esposta dal richiamato articolo del codice civile è costituita da tre elementi, di cui due oggettivi ed uno soggettivo. Il primo requisito oggettivo consiste nell'assunzione, da parte di uno dei contraenti, di obbligazioni "*a condizioni inique*". A tale riguardo, va osservato che a, differenza del successivo art. 1448 c.c. (che richiede la lesione "*ultra dimidium*"), la norma in esame non fissa un limite quantitativo al di là del quale l'obbligazione deve ritenersi iniqua, ma rimette all'interprete il compito di dare un contenuto sostanziale alla nozione di iniquità, comunemente individuata in una forte sperequazione fra il valore della prestazione che il contraente in pericolo dà ed il valore della prestazione che riceve¹¹⁰. Natura oggettiva ha anche il requisito dello *stato di pericolo*, il quale, deve sussistere al momento della stipulazione del contratto per la persona del contraente, o di un terzo e dal quale può

corrispettività nella dinamica del contratto", 1951; M. BESSONE, "*Adempimento e rischio contrattuale*", Milano, 1975.

¹⁰⁸ Queste tre azioni, pur fondandosi su presupposti oggettivi e soggettivi diversi, consentono al contraente svantaggiato dal rapporto negoziale di scambiarlo di svincolarsi dal contratto, a meno che l'altra parte non intenda ristabilire un rapporto di equità tra le prestazioni.

¹⁰⁹ Sul diverso ambito di operatività della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità, si veda: F. GALGANO, "*Diritto civile e commerciale*", Padova, p. 439 ss.

¹¹⁰ Sul concetto di prestazione iniqua, si tenga conto: G. MARINI, "*Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*", p. 292; F. GALGANO, *op. cit.*, Padova, p. 450 e ss.; D. CALABRESE, "*Rescissione per lesione e alienazione di pacchetto azionario strategico, in Contratto e Impresa*", 2002, p. 510 ss.

derivare un danno imminente¹¹¹. Sotto il profilo soggettivo, l'art. 1447 c.c., richiede che la situazione di pericolo deve essere nota alla controparte che consegue un vantaggio dall'esecuzione del contratto iniquo. A tale riguardo dottrina¹¹² autorevole ha precisato che rileva soltanto la effettiva conoscenza e non anche la astratta conoscibilità. È interessante notare che, sempre in un'ottica equitativa, la norma in esame conferisce al giudice il potere di attribuire al contraente che subisce la pronuncia di rescissione un equo compenso per la prestazione eseguita. L'art. 1448 c.c., rubricato "*Azione generale di rescissione per lesione*" dispone che: «*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. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori. Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione.*». La disposizione normativa, mette in evidenza la presenza contestuale di tre presupposti: la lesione obiettiva di oltre il 50%; lo stato di bisogno di una parte; l'abuso che l'altra parte fa di tale stato, ossia la consapevolezza di approfittare dello stato di bisogno in cui versa la controparte. Quanto al primo presupposto, di natura oggettiva, la stessa legge indica espressamente la misura oltre la quale il rapporto di valore tra le prestazioni è da intendersi sproporzionato. Infatti, 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 contratto¹¹³.

¹¹¹ Corte Cass., sez. V, 14 gennaio 1987, in *Giust. pen.*, 1988, II, p. 165 ss., secondo cui il pericolo, al momento della stipulazione, deve essere già individuato e circoscritto, nel suo oggetto e nei suoi effetti. Si discute se lo stato di pericolo, oltre ad essere attuale, debba essere anche concreto e reale in tal senso: F. CAMILLETTI, *op. cit.*, p. 72, secondo cui il pericolo deve effettivamente sussistere in base a circostanze oggettive, ovvero possa essere anche meramente putativo. Secondo C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 645, ai fini della rescissione non ha importanza che il pericolo sia reale. Anche il pericolo putativo è infatti idoneo a menomare la libertà di contrattazione del soggetto.

¹¹² Così F. GALGANO, *op. cit.*, p. 447.

¹¹³ In altre parole, occorre che la parte lesa abbia dato o promesso una prestazione che valga più del doppio di quella ottenuta come corrispettivo. È necessario, inoltre, che tale lesione permanga fino alla domanda di rescissione. Con riferimento a quest'ultima disposizione, la dottrina si è chiesta se possa essere applicata in via analogica anche alla precedente ipotesi di stato di pericolo. In particolare, secondo S. GATTI, *op. cit.*, p. 432 e ss., la soluzione deve essere affermativa, stante la dimostrata fondamentale unità delle figure rescissorie.

L'art. 1448 c.c. richiede, quale ulteriore elemento di natura oggettiva, lo stato di bisogno in cui deve versare il contraente iugulato. Lo stato di bisogno non coincide necessariamente con l'indigenza assoluta o totale incapacità patrimoniale, potendo essere ravvisato anche nella semplice difficoltà economica o nella contingente carenza di liquidità, purché idonee ad incidere in modo determinante sulla libertà contrattuale della parte. Come nella ipotesi di cui all'art. 1447 c.c., anche la rescissione per lesione richiede il ricorrere di un elemento soggettivo, ossia l'approfittamento dell'altrui stato di bisogno, presente quando sussiste la duplice consapevolezza dello stato di bisogno dell'altro contraente e della grave sproporzione esistente tra le reciproche prestazioni. In entrambi i casi, la pronuncia di rescissione libera dall'obbligo di adempiere le prestazioni non eseguite e fa restituire quanto già adempiuto. Da una prima lettura delle disposizioni in esame e, in particolare dell'art. 1448 c.c., emerge il riferimento esplicito ad uno squilibrio originario tra le prestazioni. Da ciò potrebbe inferirsi l'esistenza di un principio di equità, cioè di equilibrio sinallagmatico di tipo oggettivo, la cui violazione sarebbe sanzionata, appunto, con la rescissione, salva la realizzazione dell'equità attraverso la *reductio*. Proprio tale possibilità cioè di evitare la rescissione attraverso la *reductio ad aequitatem* sarebbe riprova della ratio dell'istituto, ravvisata, dunque, nel principio di adeguatezza o equilibrio caratterizzante i contratti con prestazioni corrispettive¹¹⁴. Inoltre, sia nell'ipotesi di contratto concluso in stato di pericolo che in quella di contratto concluso in stato di bisogno, le fattispecie di rescindibilità richiedono, oltre allo squilibrio (le "condizioni inique" nella prima e la lesione "ultra dimidium" nella seconda), la ricorrenza di determinate circostanze (stato di pericolo di una parte e sua conoscenza dall'altro contraente, stato di bisogno) o condotte di approfittamento, inerenti alla fase di formazione del contratto. Tra i suddetti elementi non vi è rapporto di alternatività, né di subordinazione, priorità o precedenza, essendo, invece, necessaria la loro simultanea ricorrenza nel caso concreto. Dalla necessaria ricorrenza dei tre requisiti può ricavarsi che gli istituti rescissori sono posti a tutela dell'autonomia privata, in linea col principio generale della libera determinabilità del contenuto delle prestazioni. Ciò comporta che, qualora lo scambio a condizioni sperequate

¹¹⁴ F. SANTORO PASSARELLI, "Dottrine generali del diritto civile", Napoli, 1989, p. 164.

è stato liberamente voluto, non vi è spazio per alcuna impugnazione¹¹⁵. È chiaro, a questo punto, il collegamento con *la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, fondata proprio sul rispetto del rapporto sinallagmatico, così come liberamente disegnato dalle parti¹¹⁶. Tale istituto, al pari della rescissione, rappresenta un rimedio previsto dal legislatore per ripristinare l'equilibrio contrattuale nell'ipotesi in cui si verificano delle "sopravvenienze"¹¹⁷. In questo contesto, l'art. 1467 c.c. dispone che: «*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 c.c.. 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.*» Anche l'istituto in esame si fonda sullo squilibrio fra le prestazioni (la c.d. "onerosità"), il quale, però, a differenza delle ipotesi rescissorie, ove è presente ab origine, deve essere successivo rispetto al valore di scambio delle prestazioni originariamente stabilito dai contraenti, e deve essere la conseguenza di accadimenti straordinari e imprevedibili, come tali estranei alla sfera del voluto delle parti al momento della conclusione del vincolo negoziale¹¹⁸. L'onerosità, ossia lo squilibrio tra il valore economico delle prestazioni, oltre che sopravvenuta, deve essere anche "eccessiva", vale a dire tale da rendere il contratto sensibilmente ingiusto per uno dei contraenti¹¹⁹ e non

¹¹⁵ Così R. LANZILLO, "Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale", 1985, p. 311. Sull'istituto della rescissione confrontare anche A. DI MAJO, "La tutela civile dei diritti", Milano, 2003, p. 3, secondo cui la normazione codicistica è diretta in larga parte a salvaguardare il corretto esercizio della libertà negoziale.

¹¹⁶ Sui punti di contatto tra i due istituti, si veda: F. GALGANO, *op. cit.*, Padova, 2010, p. 450 ss., il quale, dopo averne evidenziato i tratti di disciplina comuni relativi alla riconduzione ad equità, osserva che anche gli effetti della rescissione rispetto ai terzi sono regolati in modo corrispondente alla risoluzione.

¹¹⁷ V. G. CASELLA, "La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta", Torino, 2002; A. DI MAJO, "Eccessiva onerosità sopravvenuta e *reductio ad aequitatem*", 1992, p. 662 e ss.

¹¹⁸ Tuttavia, analogamente a quanto previsto in materia rescissoria, laddove sussistano i presupposti per l'applicabilità del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, il legislatore accorda alla parte contro cui la risoluzione medesima è domandata di evitarla, offrendo di "modificare equamente le condizioni del contratto" (art. 1467, comma 3, c.c.). Il meccanismo della *reductio* è previsto anche per i contratti con obbligazioni di una sola parte, su domanda, in questo caso, del debitore (art. 1468 c.c.).

¹¹⁹ R. LANZILLO, "La proporzione fra le prestazioni", p. 311; P. PERLINGIERI, "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti" p. 236, secondo cui istituti quali la rescissione per lesione e la risoluzione per

deve rientrare nell'alea normale del contratto. Dal carattere straordinario ed imprevedibile degli accadimenti ex art. 1467 c.c., si ricava la irrilevanza per l'ordinamento giuridico dello squilibrio dell'assetto negoziale stabilito dai contraenti. Infatti, se le vicende sopravvenute fossero state previste, o fossero anche soltanto state prevedibili dai contraenti, il rimedio non potrebbe operare; da ciò consegue che la finalità di tale istituto non è garantire un equilibrio oggettivo tra i valori delle prestazioni, bensì assicurare l'assetto risultante proprio dalle pattuizioni, assetto che costituisce il parametro per l'apprezzamento dei presupposti della risoluzione stessa. Quindi, se lo squilibrio è riconducibile all'ambito delle scelte delle parti, non è rimediabile. Inoltre, ai sensi dell'art. 1469 c.c., il rimedio non può operare nemmeno se l'eccessiva onerosità inerisce all'alea pattuita, senza che tale norma subordina l'esclusione della risoluzione per eccessiva onerosità dei contratti convenzionalmente aleatori alla verifica della congruità delle condizioni convenute rispetto all'assunzione del rischio. In altre parole, anche lo squilibrio sopravvenuto in conseguenza di eventi straordinari non inficia il vincolo contrattuale se le conseguenze dell'attuazione del rapporto sperequato sono il frutto dell'originario assetto negoziale stabilito dai contraenti. Ne consegue, necessariamente, la insindacabilità nel merito della congruità delle pattuizioni aleatorie. Inoltre, gli istituti della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità denotano che non necessariamente le parti sono tenute ad elaborare un assetto di interessi in cui le diverse prestazioni hanno un equivalente valore economico e che anche in presenza di prestazioni non equivalenti il contratto concluso deve essere eseguito, in ossequio al principio "*pacta sunt servanda*"¹²⁰. Ciò trova conferma nel fatto che tali istituti hanno un ambito di applicazione limitato a fattispecie tassativamente determinate, in cui qualche fatto ha influito negativamente sulla formazione o sullo svolgimento del rapporto contrattuale, conferendogli una configurazione patologica che ne consiglia l'eliminazione¹²¹. In particolare, con riferimento agli artt. 1447 ss. c.c., non è sufficiente per pretendere legittimamente la rescissione del contratto la sola iniquità del

eccessiva onerosità si configurano come gli antesignani di una sia pur timida ed eccezionale necessità di evitare sproporzioni macroscopiche a favore di chi non le merita.

¹²⁰ Qualora, infatti, la valutazione del rapporto di corrispettività sia avvenuta liberamente e l'assetto sinallagmatico non sia turbato da eventi sopravvenuti ed imprevedibili, trova applicazione, in nome della certezza del diritto, il contratto avrà efficacia di legge privata (art. 1372 c.c.).

¹²¹ G. SCALFI, "*Corrispettività e alea nei contratti*", p. 70; A. CATAUDELLA, "*Sul contenuto del contratto*", p. 311; G. MIRABELLI, "*La rescissione del contratto*", p. 47 ss.

regolamento o la sola lesione ultra dimidium, essendo altresì necessario che l'alterazione dell'equilibrio patrimoniale sia dipeso da uno stato di pericolo o di bisogno, del quale l'altra parte abbia approfittato e che abbia determinato l'accettazione di un regolamento pregiudiziale¹²². Al contrario, un'alterazione, liberamente scelta, dell'equilibrio economico risulta accettata dall'ordinamento che si preoccupa di salvaguardare soltanto un comportamento di correttezza e buona fede nella materia delle trattative contrattuali. Analogamente, nella risoluzione per eccessiva onerosità, emerge l'insufficienza del solo profilo economico a legittimare l'eliminazione della vicenda contrattuale. Invero, la disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta non riflette l'esigenza di porre rimedio ad una ingiustizia particolarmente grave del sinallagma, non ha la funzione di assicurare che il contratto sia in ogni caso vantaggioso per le parti, bensì provvede all'inattuabilità del programma negoziale, non imputabile alle parti¹²³. Inoltre, la libertà riconosciuta alle parti di estendere l'alea normale del contratto o di trasformarlo in contratto aleatorio è ulteriore indice della inesistenza di un principio di equilibrio imperativo, idoneo, cioè, ad imporsi alle parti stesse. In definitiva, gli istituti della rescissione e della risoluzione hanno quale elemento comune l'esistenza di un rapporto giuridico il cui assetto economico sarebbe stato diverso se non influenzato da determinati fatti perturbatori¹²⁴. L'ordinamento giuridico reagisce ad uno squilibrio patrimoniale delle prestazioni soltanto se l'assetto di interessi non è stato liberamente voluto; in tale contesto, l'inadeguatezza fra le prestazioni si pone, accanto ad elementi eterogenei, quale requisito generale per le due forme di

¹²² Tale istituto è considerato espressione dello statuto del diritto all'approfittamento: F. LUCARELLI, *"Solidarietà e autonomia privata"*, Napoli, 1970, p. 56.

¹²³ Ossia non riferibile alla loro autoresponsabilità. Infatti, soltanto il verificarsi di un evento straordinario, produttivo di uno squilibrio sinallagmatico eccessivo, non assorbito nell'alea normale del tipo contrattuale, determina la trasformazione dell'economia dell'affare rilevante per il diritto. Ne consegue che, in questo caso, l'esecuzione delle prestazioni non sarebbe attuazione del contratto programmato dalle parti; al contrario, l'alterazione prevedibile del sinallagma e, quindi, il non perfetto soddisfacimento dell'interesse di una parte, non assurge a problema disfunzionale del contratto.

¹²⁴ A tale proposito pare opportuno richiamare il contributo di S. GATTI, *"L'adeguatezza fra le prestazioni"*, p. 429 e ss., in cui viene fornita una soluzione unitaria al problema del fondamento della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità, individuandolo nella inadeguatezza soggettiva delle prestazioni. Secondo S. GATTI, il principio che è alla base delle diverse disposizioni, e che tutte le ispira non ostante le particolarità di atteggiamenti, è il principio di soggettiva adeguatezza fra le prestazioni, portato necessario dell'autonomia privata.

reazione¹²⁵. Tali conclusioni non vengono contraddette dalla previsione, nell'ambito della disciplina di entrambi gli istituti in esame, del rimedio della *reductio ad aequitatem*. Ciò è evidente nel caso di contratto risolubile per eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto con la *reductio* si ovvia all'alterazione tra il valore delle prestazioni, riportando il rapporto tra queste nell'ambito dell'alea normale, e cioè nell'ambito dell'equilibrio soggettivo. Infatti, in questa ipotesi, è stata effettuata dalle parti una libera determinazione di valore; successivamente, però, il rapporto di scambio, così come voluto dai contraenti, si è alterato a danno di uno di essi per il sopraggiungere di eventi straordinari ed imprevedibili. Di conseguenza, il rimedio della *reductio* deve ricostruire il rapporto di valori concordato pattiziamente, anche se alle prestazioni è stato attribuito un valore diverso da quello oggettivo di mercato¹²⁶. L'art. 1467 c.c., infatti, non impone al convenuto, che vuole evitare la risoluzione, di offrire una modifica tale da ristabilire esattamente l'equilibrio tra le rispettive posizioni esistenti al momento della conclusione del contratto; l'offerta di modifica deve ritenersi equa se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che, se fosse esistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto il diritto di domandare la risoluzione. In caso di contratto rescindibile, invece, manca una attendibile determinazione delle parti sul rapporto di scambio contrattuale, poiché quella effettuata non è idonea a sorreggere il contratto. Pertanto, per la sua riconduzione ad equità si deve fare ricorso all'equilibrio oggettivo. La tutela equitativa riconducibile alle norme su richiamate, pertanto, interviene soltanto in caso di mancanza di libertà nella valutazione del rapporto di corrispettività fra le prestazioni. Al di fuori di questa ipotesi, vige il principio *pacta sunt servanda*, che protegge, senza distinzioni, in nome della certezza del diritto, pattuizioni giuste e meno giuste, e cioè, obiettivamente equilibrate o squilibrate.

¹²⁵ Si veda: F. LUCARELLI, "Solidarietà e autonomia privata", p. 58; M. COSTANZA, "Sulla *reductio ad aequitatem del contratto rescindibile*", in *Giust. Civ.*, 1979, p. 1091.

¹²⁶ In altre parole, in tema di offerta di riduzione ad equità della prestazione, si tende solo ad eliminare riduttivamente la "eccessività" della sproporzione così da ricondurre il rapporto sinallagmatico entro l'alea normale e non anche ad instaurare un vero e serio equilibrio tra entrambe le rispettive prestazioni.

6. I casi di riducibilità della penale manifestamente eccessiva.

Esaminate le principali fonti di integrazione del contratto, è ora opportuno esaminare i casi giurisprudenziali e normativi, in cui si ravvisa la sussistenza, nel nostro ordinamento, di un *potere correttivo* del giudice sul regolamento contrattuale. Per avere un quadro completo dei termini del dibattito in tema di controllo giudiziale sull' autonomia negoziale, è necessario soffermarsi sui recenti interventi giurisprudenziali che hanno affrontato la specifica questione della *riducibilità d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva*¹²⁷. Innanzitutto, occorre affermare che il *potere di ridurre ad equità la clausola penale*, è riconosciuto al giudice, espressamente, dall' art. 1384 c.c. Prima di esaminare la disposizione normativa in questione, appare opportuno specificare la funzione della clausola penale stessa¹²⁸. Il codice civile del 1942 ha disciplinato la clausola penale nell' art. 1382 c.c. prevedendo, che essa ha l'effetto di limitare il risarcimento della prestazione promessa, ma allo stesso tempo che è dovuta indipendentemente dalla prova del danno. Nel codice attuale, in sostanza, non si evidenzia con chiarezza la c.d. funzione risarcitoria; ciò nonostante si ritiene che, anche nel codice civile attuale, la clausola penale ha la tipica funzione di liquidare anticipatamente e convenzionalmente i danni che il creditore soffre per l'inadempimento della obbligazione principale.¹²⁹ La liquidazione, inoltre, è convenzionale perché stabilita bilateralmente dalle parti del contratto ed anticipata perché effettuata con valutazione *ex ante*, svolta quindi prima ed indipendentemente dal verificarsi del danno. La clausola penale, così descritta, permette al contraente creditore di garantirsi immediatamente la somma dovutagli a titolo di risarcimento del danno, indipendentemente dalle lungaggini di un giudizio successivo, in cui egli dovrebbe dimostrare di aver subito il danno e fornire la prova del suo esatto ammontare. Va evidenziato che una dottrina, pur essendo fortemente convinta della funzione risarcitoria della clausola penale, ha ritenuto che quando la clausola penale è stipulata per un ammontare superiore a quello

¹²⁷ Per una dettagliata disamina del tema si rinvia a F. CARINGELLA, G. DE MARZO, "Manuale di diritto civile", 2008, p. 49 e ss.

¹²⁸ Sulla clausola penale, per quanto riguarda le trattazioni organiche si rimanda ad A. MAGAZZU', "Clausola penale", Milano, 1960, p. 186 e ss.; E. MOSCATI, "Pena" in *Diritto privato*, Milano, 1982, p. 770 e ss.; G. DE NOVA, "Clausola penale", Torino, 1988, p. 377 e ss.; M. TRIMARCHI, "La clausola penale", Milano, 1954; F. GALGANO, "Degli effetti del contratto", Padova, 1993, p. 162 e ss.

¹²⁹ Si richiama in questo senso C. M. BIANCA, "Diritto civile" "La responsabilità", Milano, 1999, p. 221 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, "Risarcimento del danno", Torino, 1969, p. 5 e ss.

corrispondente ai normali principi, la funzione stessa del risarcimento viene superata e subentra quella della pena. La tesi in esame si basa sulla convinzione che la somma di denaro, dovuta a titolo di penale deve essere corrispondente alla misura del danno.¹³⁰ Altra parte della dottrina, ritiene che la clausola penale non ha funzione risarcitoria ma solo una natura sanzionatoria perché espressione della libertà delle parti di stabilire pene private¹³¹. A tale proposito si ritiene che devono essere distinte due tipi di clausole penale: la penale “pura”, quando essa stabilita dalle parti a titolo esclusivamente sanzionatori, ed una penale “non pura” con funzione mista risarcitoria e sanzionatoria. Attualmente, quindi, si ritiene che la clausola penale può assumere, in concreto, sia una funzione risarcitoria, che sanzionatoria a seconda della intenzione delle parti contraenti. Se queste hanno voluto privilegiare l’aspetto punitivo della clausola penale, essa avrà natura sanzionatoria; se invece, le parti hanno previsto l’ipotesi di un futuro inadempimento, ed hanno perciò preventivato un ristoro anticipato, la clausola penale avrà un effetto tipicamente risarcitorio. Non è, infine, da escludere che la clausola penale possa svolgere contemporaneamente entrambe le funzioni. Ciò sarebbe confermato dalla stessa normativa codicistica che, da un lato prevede per la clausola penale l’effetto di limitare il danno e, dall’altro, specifica che la penale stessa è dovuta indipendentemente dalla prova del danno, lasciando così spazio alla funzione sanzionatoria. A prescindere da quella che è la funzione della clausola penale, la questione fondamentale è comprendere perché il giudice può ridurre la penale stessa. A tal proposito sembra corretto partire dal tenore letterale del codice civile, che, all’art. 1384, espressamente prevede che: *“La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte o se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento.”* Da ciò, si evince chiaramente che l’art. 1384 c.c., riveste una funzione di grande rilievo perché consente al giudice di valutare, alla luce del principio di equità, la meritevolezza di una contrattazione privata¹³². Nel 2005, inoltre, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, avallando un orientamento che, già nel

¹³⁰ V. F. MESSINEO, *“Dottrina generale del contratto”*, Milano, 1952; L. BARASSI, *“La teoria generale delle obbligazioni”*, Milano, 1964; F. GERBO, *“La clausola penale e danno”*, 1983.

¹³¹ V. M. TRIMARCHI, *op cit.*, p. 352; A. CAUTADELLA, *“I contratti”*, Torino, 2000, p. 128; E. MOSCATI, *“Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata”*, 1982, p 1784 e ss.

¹³² Non a caso, il potere del giudice ex art. 1384 c.c. è ritenuto “eccezionale”. Si veda per tutti: V. ROPPO, *“Il contratto”*, Torino, 2011, p. 492 e 493.

1999 iniziava a profilarsi, giungono ad affermare che il potere di ridurre ad equità la clausola penale, attribuito al giudice dall' art. 1384 c.c., può essere esercitato anche *d'ufficio*¹³³, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all' ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita. Infatti, in quest' ultimo caso, la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione, si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita. La Corte di cassazione, è comunque giunta a riconoscere al giudice il potere di ridurre la penale manifestamente eccessiva anche *d'ufficio*, perché l'art. 1384 c.c. non fa alcuna menzione della necessità di presentare una domanda giudiziale o di una eccezione di parte al fine ottenere la riduzione della clausola penale considerata manifestamente eccessiva. Le sentenze in commento, inoltre, hanno suscitato un notevole interesse nella dottrina e giurisprudenza che, oltre a criticare o condividere l'ammessa possibilità per il giudice di ridurre *ex officio* la clausola penale, si sono interrogate sul fondamento stesso della riducibilità. In questo senso, si è proceduti a rileggere l'art. 1384 c.c. alla luce del principio costituzionale di solidarietà sociale, in combinato disposto con i canoni codicistici di buona fede e correttezza. Innanzitutto, la Suprema Corte chiarisce che l'istituto della riduzione ad equità della penale non è stato predisposto dalla legge a tutela dell'interesse del debitore-contraente debole. Quest' ultimo, infatti, non è titolare di un diritto alla riduzione, come si desume dalla lettera della norma, in virtù della quale il giudice “può” ma non deve ridurre la penale. Inoltre, il criterio che deve guidare il giudice nella valutazione dell'eccessività della penale ha valenza oggettiva, essendo del tutto indifferente alle condizioni economiche del debitore. In tal caso, dunque, l'intervento equitativo del giudice, pur risolvendosi in favore di una delle parti in contesa, non è, tuttavia, predisposto specificamente per la tutela di un suo interesse. Il potere di controllo appare, infatti, attribuito al giudice *“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.”* A tali affermazioni si perviene muovendo dalla considerazione di carattere generale che il nostro ordinamento, pur riconoscendo

¹³³ Si rinvia alle espresse sentenze della Suprema Corte: Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128; Cass., 23 novembre 1999, n. 11282, in *Foro it.*

l'autonomia contrattuale delle parti, pone dei limiti all' esplicazione della stessa, il cui rispetto viene controllato d'ufficio dal giudice. Nel disciplinare l'istituto della clausola penale, la legge ha ampliato il campo normalmente riservato all' autonomia delle parti, prevedendo per esse la possibilità di predeterminare, in tutto o in parte, l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente ovvero di esonerare il creditore dall'onere di fornire la prova del danno subito. Si consente, dunque, alle parti di derogare, convenzionalmente, alle norme dettate in tema di onere della prova e di quantificazione del danno da inadempimento contrattuale. Tuttavia, rilevano le Sezioni Unite, *“la legge, nel momento in cui ha ampliato l'autonomia delle parti, in un campo normalmente riservato alla disciplina positiva, ha riservato al giudice un potere di controllo sul modo in cui le parti hanno fatto uso di questa autonomia”*. In sostanza, il legislatore, con riguardo alla clausola penale, ha spostato l'intervento giudiziale, diretto a verificare che l'autonomia negoziale si sia manifestata nel rispetto dei limiti legali, dalla fase formativa dell'accordo alla fase attuativa dello stesso. È evidente, allora, che tale intervento si pone come limite all'autonomia negoziale, previsto dalla legge, non nell'interesse individuale della parte debole, ma nell'interesse generale dell'ordinamento all'equità contrattuale. Tale orientamento è stato, nel 2006, confermato dalla seconda sezione della Suprema Corte, la quale ha precisato che la clausola penale è riducibile ad equità da parte dell'autorità giudiziaria, anche qualora le parti abbiano specificamente convenuto l'irriducibilità della stessa¹³⁴. In conclusione, si è dimostrato che l'art.1384 c.c. tutela un interesse di carattere generale e solo in via indiretta anche quello del debitore. Proprio la presenza di tale interesse generale, costituito dal controllo sulla meritevolezza degli atti di autonomia privata, o meglio sulla conformità di tali atti ai valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale, tramite l'applicazione di clausole come la buona fede, giustifica l'affermazione secondo cui il giudice può ridurre d'ufficio la penale manifestamente eccessiva. Laddove mancasse tale interesse generale, effettivamente sarebbero ravvisabili alcuni ostacoli ad un intervento del giudice. Il giudice corregge d'ufficio la penale, e quindi il contenuto del contratto, se ravvisa che, la clausola penale stessa, essendo manifestamente

¹³⁴ Così, Cass., 28 settembre 2006, n. 21066.

eccessiva, ha portato ad un grave squilibrio contrattuale che risulta essere contrario agli interessi generali dell'ordinamento¹³⁵.

¹³⁵ Questo concetto è espresso da molti autori: U. PERFETTI, *“Riducibilità d’ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell’ordinamento”*, 2006, p. 192 e ss.; A. GUARNIERI, *“Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale del contratto”*, 1994, p.799 e ss.; M. A. URCIOLI, *“Liceità della causa e meritevolezza dell’interesse nella prassi giurisprudenziale”*, 1985, p.752; F. GALGANO, *“Diritto ed economica alle soglie del nuovo millennio”*, 2000, p.202; P.PERLINGIERI, Napoli, 1991, *“Il diritto civile nella legalità costituzionale.”*

Conclusioni

L'esame del concetto di autonomia contrattuale e delle problematiche relative alla sussistenza o meno di un potere integrativo e correttivo del giudice, mi ha portato a trattare, con vaglio critico, le teorie tradizionali del negozio giuridico e della intangibilità del contratto, fino a raggiungere, attraverso un attento esame della evoluzione giurisprudenziale, la convinzione che tale potere trova il suo fondamento nella interpretazione storico-evolutiva delle norme. Infatti, attraverso la ricostruzione del noto dibattito dottrinale fra i giuristi Stolfi e Betti, e optando, nel panorama contemporaneo, per il superamento del principio di intangibilità contrattuale, all'interno della nuova cornice normativa, viene, quindi, riconosciuto all'organo giudiziario un sindacato sul contratto. Una attenta analisi compiuta sulle fonti di integrazione del contratto, sulla loro natura e sull'equilibrio fra esse, ha portato, poi, ad ammettere che, concorrono a costruire il regolamento contrattuale, incidendo su tutti gli effetti che da esso derivano, una pluralità di fonti. In questo quadro, occorre precisare che, alla buona fede oggettiva ed all'equità va riconosciuto il ruolo essenziale di clausole generali inderogabili, la cui applicazione costituzionalmente orientata da parte dell'interprete, va peraltro sottoposta al vaglio del principio di proporzionalità. Il recente orientamento giurisprudenziale ha, difatti, messo in evidenza il ruolo economico e sociale del principio di buona fede ed il crescente ruolo dell'equità vista come fonte riequilibratrice di tutti i rapporti che il mercato configura come squilibrati. Sebbene, dunque, il contratto resta senz'altro un atto di autodeterminazione privata, costituendo il mezzo mediante il quale le parti possono liberamente definire i propri interessi, tuttavia, la libertà contrattuale, nell'attuale sistema giuridico, non è più svincolata da qualsiasi limite. Proprio questi limiti imposti all'autonomia contrattuale, permettono di attribuire al giudice una nuova funzione il cui esercizio porta, non solo ad ottenere la conservazione del contratto, con il suo adeguamento, in modo rispettoso dell'autonomia stessa delle parti, ma consente anche un riequilibrio più generale dell'andamento del mercato, correggendo quelle distorsioni che deviano il mercato stesso dal suo fisiologico sviluppo. In particolare, però, il potere correttivo, riconosciuto al giudice da diverse norme di legge, finisce per tradursi talvolta, in vera e propria creazione della *regula iuris* cui le parti devono sottostare determinando pesanti deroghe al principio

di autonomia contrattuale e connessi problemi di coordinamento con la disciplina generale di diritto comune. In queste situazioni, c'è il rischio che le pronunce adottate dal giudice risultano essere decisioni giudiziali arbitrarie. Pericolo che viene messo fuori gioco dall'obbligo del giudice di motivare congruamente le sentenze pronunciate, con equilibrio ed in aderenza ai principi fondamentali dell'ordinamento.

Bibliografia

Bessone M., *Istituzioni diritto privato*, Torino, 2013.

Bessone M., *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2013.

Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1960.

Bianca C. M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000.

Bocchini F., Quadri E., *Diritto privato*, Napoli, 2006.

Caringella F., De Marzo G., *Manuale di diritto civile, Il contratto*, Torino, 2008.

Castronovo C., *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.

Diener M.C., *Il contratto in generale*, Bologna, 2010.

Fici A., *Il contratto incompleto*, Torino, 2005.

Gabrielli E., *Contratto e contratti*, Torino, 2011.

Galgano F., *Il diritto civile in 27 lezioni*, Milano, 2007.

Galgano F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, Padova, 1997.

Galgano F., *Trattato di diritto civile*, Padova, 2014.

Galgano F., *Il contratto*, Padova, 2010.

Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011.

Lipari N., Rescigno P., *Il contratto in generale*, in *Diritto civile*, Torino, 2009.

Nanna. C. M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010.

Navaretta E., *Il contratto in generale*, in *il Diritto. Enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, Milano.

Nuzzo M., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2015.

- Perlingieri P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014.
- Rodotà S., *Fonti di integrazione del contratto*, Roma, 2004.
- Roppo V., *Diritto privato*, Torino, 2014.
- Roppo V., *Il contratto*, Roma, 2011.
- Stolfi G., *Teorie del negozio giuridico*, Padova, 1961.
- Torrente A., Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, Torino, 2009.
- Trabucchi A., *Istituzione di diritto civile*, Padova, 2005.
- Trimarchi P., *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2001.
- Vettori G., *Trattato del contratto*, Milano, 2006.