

Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole

Atti del Convegno

« Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole »
Università degli studi di Verona, Facoltà di Giurisprudenza
16 e il 17 settembre 2011

a cura di

Francesco Ruscello

Contributi di

Fabio Addis, Ernesto Capobianco, Francesco Di Ciommo,
Vincenzo Farina, Aurelio Gentili, Francesco Longobucco,
Francesco Macario, Davide Messinetti, Maria Margherita Parini,
Valerio Pescatore, Francesco Prosperi, Francesco Ruscello



Si accoglie, per tale motivo, molto positivamente l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza, ormai maggioritarie, che riconoscono la possibilità di applicare anche al *franchisee* – così come a qualsiasi altro imprenditore, o addirittura contraente – la disposizione di cui all'art. 9 della l. 192/98, laddove sussista una condizione ascrivibile a quella di dipendenza economica in capo a tale soggetto e un abuso da parte del *franchisor*, andando, in questo modo, a garantire anche a tale imprenditore debole una protezione maggiormente incisiva nei confronti della controparte « forte »⁴⁰.

trarietà che affonda le radici nella asimmetria delle regole contrattuali è necessario disporre di strumenti che consentano la definizione di regole operative certe e condivise, volte ad assicurare il reciproco scambio di informazioni nella fase precontrattuale e a garantire il flusso bidirezionale durante l'intero arco delle relazioni.

⁴⁰ In tal senso, in giurisprudenza: Trib. Trieste, 21 settembre 2006, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2007, I, p. 899; Trib. Catania, 5 gennaio 2004, *ivi*, 2005, I, p. 976 ss. dove si legge che « L'istituto dell'abuso di dipendenza economica, introdotto dall'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, come modificato dall'art. 11, l. n. 57 del 2001, pur se costituisce parte integrante della legge in materia di subfornitura, deve considerarsi, per sua natura, di applicazione generalizzata a tutti i rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale, sf da non porsi un problema di applicazione analogica o estensiva dello stesso »; Trib. Taranto, 17 settembre 2003, in *Foro it.*, 2003, p. 3441; Trib. Roma, 5 novembre 2003 in *Foro it.*, 2003, p. 3440; Trib. Bari, 22 ottobre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 750, in materia di *franchising*; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 2149, dove viene affermato che: « (...) la ratio della norma è applicabile sia alla subfornitura sia ai contratti di distribuzione essendo comune alle due fattispecie l'esigenza di impedire l'abuso della posizione di dipendenza economica, ovvero di debolezza nella quale un imprenditore si trovi nei confronti di un altro quando abbia fatto affidamento sulla trasmissione di un *know-how* specialistico, quando abbia dedicato la propria attività imprenditoriale ad un unico produttore o distributore, quando la durata prolungata nel tempo del contratto abbia fatto aumentare l'entità degli investimenti necessari a partecipare alla rete e quando sia nell'impossibilità di procurarsi alternative commerciali, ovvero di trattare il prezzo dei prodotti distribuiti o forniti su un piano di relativa parità »; Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, p. 341 ss.; Trib. Parma, 15 ottobre 2008, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 77 ss. In tal senso, in dottrina: A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *I contratti*, 1999, p. 196 ss.; F. PADOVINI, *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Studium iuris*, 1999, p. 5; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 641; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, p. 143 ss.; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, p. 121 ss.

Francesco Di Ciommo

Contratti tra imprenditori, equilibrio delle prestazioni ed efficiente gestione del rischio: tra « terzo contratto », « contratti asimmetrici » e codice civile

1. Due tesi da verificare ed una (conseguente) conclusione

L'ipotesi di partenza è che, nel nostro ordinamento, in materia contrattuale, oggi convivono norme di applicazione generale, per lo più contenute nel codice civile, norme speciali applicabili soltanto ai contratti conclusi tra professionisti e consumatori, oggi ordinate nel c.d. Codice del consumo (d.lgs. 206/2005) ma ricavabili anche da altri testi normativi (v. in proposito il d.lgs. 385/1993, c.d. Testo unico bancario, e il d.lgs. 58/1998, c.d. Testo unico in materia di intermediazione finanziaria), ed ulteriori norme emanate recentemente nell'ambito di discipline di applicazione settoriale (in particolare, in materia di subfornitura industriale, ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e *franchising*) al fine di tutelare l'imprenditore che, nell'ambito di un rapporto con un altro imprenditore, manifesta una debolezza di forza negoziale che, in ragione dell'altro abuso, si traduce in un « *cessivo squilibrio* » delle condizioni contrattuali.

La seconda ipotesi – per mera brevità qui assunta come tale e non quale tesi da dimostrare – si basa sulla constatazione che la *ratio* sottesa agli interventi legislativi in materia di contratti del consumatore è affatto diversa da quella che ha ispirato le norme in materia di imprendi-

tore c.d. debole, in quanto nel primo caso, a differenza del secondo, obiettivo del legislatore non è consentire al giudice di sindacare l'equilibrio delle prestazioni (o delle clausole) dedotte nel contratto al fine, eventualmente, di ricondurre il contenuto del negozio ad equità, bensì quello di: 1) garantire al contraente debole di avere accesso a tutte le informazioni che possono essergli utili per maturare una scelta commerciale consapevole; 2) tutelarlo da pratiche aggressive o scorrette poste in essere da chi propone sul mercato un prodotto o un servizio; 3) consentirgli di rivalersi in maniera agevole sulla propria controparte contrattuale in caso di danno. In breve, può dirsi che la tutela del consumatore, per come sin qui approntata sul piano legislativo, trova il suo snodo centrale in un sistema di regole che presidia a monte, più che a valle, il procedimento di formazione dell'accordo negoziale, e che si basa sulla stretta tipizzazione legislativa delle circostanze contrattuali da avversare. Tanto ciò è vero che nella disciplina dei contratti del consumatore, anche laddove vi sia un chiaro indice di squilibrio — ad esempio perché viene in evidenza una clausola inserita nell'elenco di cui all'art. 33 del Codice del consumo — il legislatore ha cura di limitare al massimo la discrezionalità dell'interprete ed infatti, tra l'altro, prevede che « la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi » (art. 34, comma 2, del Codice del consumo) e che, salvo rare eccezioni (cfr. l'art. 36, 2° comma, del Codice del consumo), « non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale » (art. 34, comma 4, del Codice del consumo). La distinzione tra le due *rationes legis* in parola è, per altro, comprovata dalla rigidità con cui la giurisprudenza, italiana ed europea, ha sino ad oggi costantemente affermato che i principi normativi a tutela del consumatore non possono trovare applicazione quando la parte asseritamente debole del rapporto sia un professionista.

Le due ipotesi consentono di formulare altrettante tesi, tra loro intimamente connesse, in quanto sul piano logico la prima, laddove verificata, regge la seconda.

Tesi numero uno.

La differenza di *ratio* appena cennata è coerente, nella moderna prassi dei rapporti commerciali, rispetto alla natura dei contratti in

questione. Ed infatti nei contratti conclusi tra professionista e consumatore il risultato del processo negoziale che conduce alla conclusione dell'accordo, e dunque il contenuto effettivo di tale accordo, è, salvo casi ormai sporadici, difficilmente riconducibile alla effettiva completa volontà di entrambe le parti, intesa in senso tradizionale, visto che il consumatore molto spesso, nelle attuali dinamiche di mercato, neanche conosce realmente le clausole (normalmente predisposte dall'imprenditore e non negoziabili) regolanti il rapporto contrattuale che egli, comunque, dopo aver valutato sommariamente la qualità del prodotto ed il prezzo, decide di concludere. Non a caso si parla in dottrina, a tal proposito, di « scambi senza accordo » e « contratti non negoziati ». In questo contesto, dunque, non si pone punto un problema di « equilibrio » tra le prestazioni (o clausole) dedotte in contratto in relazione alla volontà delle parti, mentre potrebbe porsi un problema di « equità » *tout court* dei contenuti del contratto, cioè a prescindere da ciò che le parti hanno o avrebbero voluto. Il legislatore, tuttavia, consapevole della problematica, sembra sin qui aver inteso trattare in modo molto prudente il tema, tanto che — come sopra si è accennato — ha preferito non affidare al giudice, in nessun caso, il potere di sindacare l'equilibrio (e, dunque, meno che mai l'equità) dei contenuti del contratto. Viceversa, nei rapporti tra imprenditori è evidente che, anche laddove il contratto sia predisposto dal contraente più forte sul piano negoziale (circostanza sempre più diffusa, in particolare perché consente di contenere i costi transattivi), e finanche quando questi abusi della propria posizione, entrambe le parti, quasi sempre, ben conoscono nei dettagli l'operazione economica oggetto dello stesso e le condizioni contrattuali su cui si appunta l'accordo, proprio in quanto sono professionisti e dunque, per definizione, esperti del settore in cui operano oltre che soggetti necessariamente avveduti e consapevoli, e dunque razionali. Non a caso, dunque, rispetto a questa seconda tipologia di contratti — che senz'altro meglio si confanno al modello basato sul dogma della volontà, disciplinato dal codice civile — la recente legislazione speciale cui sopra si è fatto cenno, non si cura di garantire alla parte debole del rapporto un diritto al ripensamento (istituto pivotale della tutela consumeristica) o altri diritti finalizzati a ridurre l'asimmetria esistente a monte del procedimento di formazione dell'accordo negoziale, ma attribuisce al giudice, in situazioni particolari e ri-

spetto a determinate questioni, un vero e proprio sindacato sull'equilibrio, e finanche sull'equità, del risultato prodotto da tale accordo.
Tesi numero due.

Il contratto tra imprenditori, in quanto contratto negoziato, o quanto meno fonte di un rapporto rispettò al quale difficilmente può negarsi piena consapevolezza di tutte le parti circa il contenuto dell'accordo, trova - a differenza di quanto accade al contratto del consumatore - una puntuale disciplina nel codice civile. Tale disciplina si rivela formata da un fitto reticolato di norme e principi, alcuni di antica tradizione, che si pongono espressamente il problema della simmetria, dell'equilibrio e finanche dell'equità del contenuto contrattuale, ma che, con tutta evidenza, non considerano utile, e dunque opportuno, al fine di perseguire l'obiettivo di presidiare tale equilibrio, sacrificare la libertà negoziale dei privati attribuendo al giudice un potere generale di sindacato sulle clausole, o quanto meno sulle prestazioni, concordate. Viceversa, il codice dimostra di considerare come il contratto sia un efficiente strumento di gestione del rischio e di allocazione delle risorse, e dunque risulti funzionale al perseguimento dell'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost., nella misura in cui alle parti è lasciata ampia possibilità di patrorire accordi non suscettibili, se non in casi eccezionali, di sindacato giudiziale circa l'equilibrio (o, a maggior ragione, l'equità) di quanto tra loro stabilito, e dunque solo se l'ordinamento è in grado di assicurare alla volontà dei privati, fermi i tradizionali limiti negativi posti dalla legislazione vigente, un ampio e libero potere conformante il loro rapporto. Ciò sembra comprovato da numerose disposizioni codicistiche su cui l'istituto dell'abuso del diritto nel codice civile risulta confinato all'interno dell'ambito di applicazione delle clausole generali di correttezza e buona fede intesa in senso oggettivo e dunque, a rigor di logica, è destinato ad operare sul piano del risarcimento del danno, mentre non consente all'interprete valutazioni circa la validità o l'efficacia dell'atto giuridico compiuto in forza dell'esercizio abusivo di un diritto.

Conclusione.

Le dimostrazione delle due tesi, affidata ai paragrafi che seguono, rivela che gli sforzi attuati compiuti da una parte della migliore dottrina per individuare nel nostro ordinamento tracce di possibili principi

generali a tutela dell'imprenditore debole, dovranno necessariamente confrontarsi con le fondamentali scelte di politica del diritto (per altro, gravide di conseguenze circa gli assetti del mercato e la stessa connotazione del capitalismo italiano) che, nella materia qui indagata, sono state consapevolmente compiute in sede di redazione del codice civile. E ciò, in particolar modo, in questo momento storico nel quale il legislatore, tanto a livello nazionale quanto europeo, non pare mostrare particolare determinazione nel traghettare effettivamente il diritto dei contratti verso i nuovi (ambiti?) lidi, avendo sin qui preferito limitare la propria azione ad interventi sporadici, mentre la giurisprudenza si mostra incline al rinnovamento ma anche disorientata dall'indecisione legislativa, e dunque a tratti incerta.

2. Regole particolari e principi generali tra « terzo contratto » e « contratto asimmetrico »

Chi tenta di dimostrare la fondatezza di un'operazione ermeneutica finalizzata a riconoscere forza espansiva all'art. 9 della legge n. 192 del 18 giugno 1998 sulla subfornitura industriale¹, ovvero a norme ri-

¹ Per considerazioni di vario tenore in proposito v., *ex multis*, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, ed in particolare la Prefazione di R. Pardolesi; ma anche R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I contratti*, 2010, p. 524; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Milano, 2009; L. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising fra principio di buona fede e tutela del contratto*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2153; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. del dir. comm. e del dir. gen. delle obbl.*, 2006, p. 790; N. MONTICELLI, *Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica. Un'indagine sulla dipendenza economica tra modello francese e italiano*, Roma, 2006; F. MACCARIO, *Equilibrio delle prestazioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in *Studi in onore di Ugo Maggello*, Napoli, 2005, II, p. 111; *Id.*, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 663; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, p. 559; F.

cavate da ulteriori testi legislativi di recente emanazione, ed a maggior ragione chi, seguendo anche altre suggestioni, prova a disegnare i contorni della disciplina generale di una nuova categoria ordinante definita in termini di "terzo contratto"², o alternativamente di "contratto asimmetrico"³, parte in ogni caso da un assioma, spesso non espresso, ma comunque fondante l'ipotesi.

PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, Milano, 2002, p. 455; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in Riv. dir. civ., 2000, p. 390; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. regol.*, 1999, p. 45; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1182; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 449; R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura industriale: scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712.

² La paternità della formula « terzo contratto » (per il cui significato v. subito *infra* nel testo) è attribuita a Roberto Pardolesi, ed in particolare alla sua *Prefazione a Colangelo, op. cit.*; tuttavia lo stesso autore si esprime in termini problematici circa la reale configurabilità, e prima ancora utilità, di una tale nuova categoria ordinante nella più recente *Postilla*, in G. GATTI e G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, spec. p. 323. Per considerazioni varie sul tema, cfr. F. ROSARIO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Milano, 2010; E. MINERVINI, *Il terzo contratto*, in *I contratti*, 2009, p. 493; nonché E. RUSSO *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica e "terzo contratto"*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 120; V. ROPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»*), in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 679; A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Autonomia privata e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli-Roma, 2006, p. 138; V. anche G. AMADIO, *L'ipotesi del terzo contratto*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 329, secondo il quale « il senso e l'ambito propri della locuzione terzo contratto ne fanno essenzialmente l'indicatore di un'ipotesi ermeneutica e, prima ancora, di una scelta ideale (ideologica?) dell'interprete, di fronte alla fenomenologia e alla disciplina attuale dei contratti tra imprese ».

³ Per la sintetica esposizione delle ragioni che muovono parte della dottrina a considerare la possibilità di costruire la categoria del c.c. « contratto asimmetrico »

L'assioma da cui originano gli sforzi ricostruttivi compiuti in queste direzioni è costituito, almeno in una certa misura, dalla mancanza di attenzione per la tutela del contraente debole, o in altri termini per l'equilibrio negoziale, che il nostro ordinamento civilistico avrebbe mostrato fino a circa tre lustri fa, e cioè fino all'emanazione delle normative su cui si appuntano oggi le riflessioni in argomento⁴. Ovve-

v. subito *infra* nel testo. La migliore letteratura in argomento è costituita da V. ROPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Contr. giur.*, 2009, p. 267 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515; e ancora V. ROPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769, nel quale l'autore, tra l'altro, osserva che « il nuovo paradigma contrattuale, pur edificato originariamente sulla disciplina dei contratti del consumatore, [...] si nutre in verità anche delle discipline di contratti che non hanno questa caratterizzazione soggettiva perché prescindono dalle menzionate qualità socio-economiche delle parti, o addirittura possiedono nelle parti qualità diverse. Ovvero: nato nel campo dei contratti del consumatore, il nuovo paradigma contrattuale manifesta una forza espansiva che lo proietta al di là di quel campo ».

⁴ I riferimenti più significativi in proposito riguardano: la disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, di cui al d.lgs. 231/2002, con particolare attenzione rivolta all'art. 7; la disciplina sull'affiliazione commerciale di cui alla legge 129/2004; e la, già citata nel testo, disciplina sull'abuso di dipendenza economica di cui alla legge 192/1998, con particolare attenzione rivolta all'art. 9 (novellata da ultimo dall'art. 10 della legge n. 180 dell'11 novembre 2011, che ha introdotto, al comma 3-bis di detto art. 9 il seguente periodo: « In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica »). A questi può, forse, oggi aggiungersi l'art. 62 della legge n. 27 del 24 marzo 2012, con cui è stato convertito il d.l. n. 1/2012 « recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività », il cui primo comma prevede che « I contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, sono stipulati obbligatoriamente in forma scritta e indicano a pena di nullità la durata, la quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento. I contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca correttezza delle prestazioni con riferimento ai beni forniti. La nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice », mentre i commi succes-

ro, in una (solo in parte) divergente prospettiva, dall'emersione, nella prassi degli affari degli ultimi decenni, di « nuovi soggetti deboli », cioè di imprenditori che, nell'ambito di determinati rapporti commerciali – piuttosto che esperti, sofisticati, avveduti e consapevoli – appaiono esposti al rischio di subire l'esercizio dell'altrui potere contrattuale fino al punto di concludere accordi per loro dannosi⁵.

Ed infatti, come noto, si parla di « terzo contratto » alludendo ad una nuova categoria concettuale, di elaborazione prettamente dottrinale, che mira a posizionarsi nella « terra di mezzo » tra il contratto (definito « nobile ») concluso tra parti « simmetriche », e dunque in condizioni di forza paritarie, che aspira a valorizzare al massimo l'autonomia privata ed è disciplinato dalle norme tradizionalmente inserite nel nostro codice civile, ed il cd. « secondo contratto », cioè quello, concluso tra un imprenditore ed un consumatore, bisognoso di stretto presidio da parte dell'ordinamento giuridico ed ormai radicato in Italia in virtù di numerosi interventi legislativi che, dagli anni Novanta dello scorso secolo in avanti, hanno inteso difendere al meglio le ragioni del consumatore in quanto parte debole del rapporto⁶. Tra questi due estremi alcuni intravedono uno *ictus* ordinamentale in quanto mancherebbero nel nostro sistema privatistico tradizionale regole idonee a tutelare l'imprenditore coinvolto in rapporti contrattuali squilibrati. Da

sivi pongono ulteriori prescrizioni relative al contenuto dei contratti in questione e indicano le relative sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato. Sui più recenti interventi legislativi appena cennati si tornerà nell'ultimo paragrafo. Va evidenziato, infine, che alcuni autori ricavano principi assertamente applicabili al « terzo contratto » anche dagli articoli 2597 e 1679 c.c., disciplinanti l'obbligo a contrarre rispettivamente del monopolista e di coloro che per concessione amministrativa esercitano servizi di linea per il trasporto di persone o di cose.

⁵ Numerosi i saggi e le opere monografiche dedicate dalla dottrina italiana alla tutela del contraente debole negli ultimi anni. Oltre a molte delle opere già sopra citate, tra gli altri, v. A.P. SCARSO, *Sulla c.d. disparità di potere contrattuale*, in *Studi iuris*, 2008, p. 548; A. PLALA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia del contratto*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 705; I. MARINELLI, *La tutela del contraente debole: rimedi contrattuali*, in AA.VV., *Il diritto privato dell'Unione Europea: temi e questioni*, a cura di F. CASUCCI, Napoli, 2007; e D. MARFELS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 336.

⁶ Così PARDOLESI, *Posilla*, cit., spec. p. 323.

qui l'esigenza di individuare nell'ordinamento, attingendo alla legislazione speciale più recente, le tracce del c.d. terzo contratto – « ossia un'ampia fascia di rapporti non riconducibili ai modelli estremi, caratterizzati sì da asimmetria di potere contrattuale, ma che esigono un miglior coordinamento sistematico tra la disciplina del contratto e la regolamentazione della concorrenza e del mercato »⁷ – nonché i contenuti essenziali di una disciplina generale, ricavabile in via interpretativa, applicabile per analogia a tutti i contratti conclusi tra imprenditori e finalizzata ad evitare abusi di eventuali squilibri di potere negoziale.

Altri autori, sulla scorta di valutazioni parzialmente diverse, ma pur sempre partendo dal presupposto che la legislazione speciale più recente avrebbe inteso tutelare alcuni interessi di fresca emersione, reputano più utile ragionare in termini di « contratto asimmetrico », con tale locuzione volendosi individuare un nuovo paradigma contrattuale, « governato da un insieme di regole che diverge in modo significativo dalla disciplina del contratto "in genere" consegnatoci dagli artt. 1321 e ss. c.c., e che possiamo chiamare contratto di diritto comune », e comprensivo di tutti quei « contratti in cui si fronteggiano due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: asimmetria che, per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive "fisiologiche" posizioni di mercato, si presenta come asimmetria di tipo per l'appunto fisiologico e non patologico »⁸. La categoria del contratto « asimmetrico » si candiderebbe, dunque, a ricomprendere tanto i contratti tra professionisti quanto i contratti tra professionisti e consumatori, trovando il suo *quid pluris* nella sola esistenza di una fisiologica asimmetria tra le parti. In ciò segnando la sua differenza rispetto alla categoria del « terzo contratto » che, invece, come visto, riguarderebbe i soli contratti conclusi tra professionisti.

In definitiva, da qualunque prospettiva si osservi la vicenda, è evidente che chi si carica degli sforzi « modernizzanti » in parola considera possibile, nella trama di alcune recenti normative settoriali⁹, indi-

⁷ Così G. GITTI e G. VILLA, o.c.

⁸ Così V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con posilla sul «terzo contratto»)*, o.l.c.

⁹ V. le normative già indicate nella nota n. 4.

viduare indizi di una nuova, spiccata, sensibilità del nostro legislatore per (quella che può essere sinteticamente definita) la tutela dell'imprenditore debole o, in altri termini, dell'equilibrio contrattuale.

L'idea, in buona sostanza, è che nel nostro diritto dei contratti esista una (più o meno vasta) gamma di interessi — facenti capo, per l'appunto all'imprenditore (o nella prospettiva del contratto asimmetrico, al contraente in quanto tale) considerato debole, rispetto alla sua controparte, nell'ambito di un dato rapporto negoziale — che il legislatore, se pure con interventi apparentemente settoriali e specifici, negli ultimi tempi ha dimostrato di considerare meritevoli di protezione¹⁰.

Si discorre, a riguardo, di asimmetria informativa, dipendenza economica e tecnologica, abuso di autonomia negoziale, interesse ed obbligo a contrarre, equità contrattuale, equilibrio delle prestazioni ed altro ancora. E si ritiene di poter, per l'appunto, far operare le norme ricavate dalla recente legislazione speciale in cui tali concetti risulterebbero, più o meno direttamente, valorizzati — o quanto meno i principi di cui esse sono considerate espressione — ben oltre il perimetro applicativo delle relative disposizioni, e spesso come veri e propri principi generali (di nuovo conio o, almeno, di nuova scoperta) dell'ordinamento giuridico. Ovvero, quanto meno, di poter legittimare il sindacato giudiziale circa i contenuti del contratto, e dunque l'equilibrio dello stesso, in virtù di una più coerente interpretazione, e conseguente applicazione, delle tradizionali clausole generali di buona fede e correttezza (di cui, in particolare, agli artt. 1175, 1176, 1337 e 1375 c.c.), e ciò anche alla luce dei nuovi principi del diritto contrattuale europeo ed internazionale¹¹.

¹⁰ In realtà cenni in questa direzione si trovano anche in contributi più datati. Cfr., ad esempio, M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 423.

¹¹ Per gli opportuni approfondimenti, *ex multis*, cfr. A. GENTILI, *L'equilibrio del contratto nei principi del diritto contrattuale europeo*, in *Il codice civile europeo. Materiali dei seminari 1999-2000* raccolti da G. Alpa e N. Buccico, Milano, 2001, p. 199; nonché, sul versante della disciplina internazionale, *rectius* transnazionale, del contratto, M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contr. e impr. Europa*, 1997, 141; e F. VOLPE, *I*

Il tutto nell'intento di armonizzare il sistema tradizionale ai suoi anelli più moderni, così da evitare contraddizioni e lacune, e di consentire alle disposizioni di legge, in cui tali anelli si sarebbero tradotti, di esplicare tutta la propria forza protettiva anche oltre gli (a volte angusti) confini in cui lo stesso legislatore (pare doversi assumere, per disattenzione o superficialità) le ha relegate.

Accade così che il divieto di abuso di dipendenza economica, sanzionato — ai sensi dell'art. 9 della citata legge n. 192/98 sulla subfornitura industriale — con la nullità del « patto » attraverso il quale l'abuso si è realizzato, invece che essere considerato istituto peculiare la cui ratio risiede nella particolare relazione che lega gli imprenditori coinvolti nei rapporti di subfornitura industriale, venga da alcuni ritenuto indice di una nuova possibile forma di invalidità negoziale di carattere generale¹², la quale colpirebbe tutti i contratti in cui l'autonomia contrattuale della parte più forte economicamente (e/o tecnologicamente e/o commercialmente, ovvero più informata, o comunque in condizioni di imporre condizioni all'altra), abbia prevaricato, secondo il prudente apprezzamento giudiziale, l'altrui determinazione a contrarre fino

Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity), in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 40.

¹² La vicenda in parola, in vero, per essere inquadrata correttamente, va inserita nella più generale riflessione avviata negli anni Novanta del secolo scorso ed avente ad oggetto le nuove forme di nullità negoziali — definite, di volta in volta, « anomale », « speciali », « parziali », « relative » o « di protezione » — introdotte nel nostro ordinamento dalla legislazione speciale, ed in particolare di quella attuativa degli obblighi di recepimento delle direttive europee. Cfr. *ex multis*, oltre alle opere già citate in nota 1, M. MANTOVANI, *Le nullità ed il contratto nullo*, in *Trattato del Contratto diretto* da V. Roppo, *Rimedi*, IV, Vol. I, 2006, p. 11; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso di autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 285; A.G. Diana, *La nullità parziale del contratto*, Milano, 2004; F. DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 145; F. VENDOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema. Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004; U. PANDOLFINI, *La nullità degli accordi "gravemente iniqui" nelle transazioni commerciali*, in *I contratti*, 2003, p. 501; P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1332; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

al punto di imporre « un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi » a carico della parte debole del rapporto¹³

E tale vicenda – cioè quella dell'abuso di dipendenza economica – appare paradigmatica, in quanto espressione di una più vasta e ambiziosa tensione intellettuale senz'altro moderna e meritevole della massima considerazione, ma che allo stato non sembra (ancora?) supportata, sul piano sistemico, da interventi legislativi di sicuro ed inconfutabile carattere generale.

¹³ In questo senso si segnala Cass., Sez. Un., 25 novembre 2011 n. 24906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 298 (con nota di V.C. ROMANO, *La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*), la quale esprimendosi su un regolamento di giurisdizione, si pone, tuttavia, esclusivamente un problema di qualificazione della domanda risarcitoria avanzata dall'imprenditore che lamenta l'altrui abuso di dipendenza economica, e risolve la questione affermando la natura contrattuale della relativa responsabilità. Nella motivazione dell'ordinanza, rispetto al tema che qui interessa, si legge esclusivamente che: « L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitori, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998 ». Sulla applicazione dell'art. 9 della legge 192/1998, v. anche Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 1578; Trib. Roma, 17 marzo 2010, *ibidem*, I, 271; Trib. Catania, 9 luglio 2009, *id.*, 2009, I, 2813; Trib. Roma, 22 aprile 2009, *id.*, 2011, I, 256.

Cfr., altresì, Cass., 13 febbraio 2009, n. 3638, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 235, a tenore della quale: « La disparità di trattamento contrattuale non è abusiva – ai sensi dell'art. 3 legge n. 287 del 1990 – soltanto a condizione che il contraente che la pratica non si trovi in posizione dominante, perché, in tal caso, tale disparità è frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali; mentre non è così quando la disparità di trattamento sia la conseguenza della posizione dominante di cui il contraente può forte abusare, a fronte della dipendenza economica dei contraenti più deboli, i quali sono costretti a sottostare a qualsiasi pretesa, dal momento che a loro è impossibile, o grandemente difficile, reperire sul mercato adeguate alternative ».

3. Autonomia privata e sindacato giudiziale

Sullo sfondo delle riflessioni in argomento vi è, come evidente, il difficile rapporto tra l'autonomia privata e il sindacato giudiziale circa il suo esercizio. Ed infatti, quanto più si ritiene che anche rispetto ai contratti tra imprenditori – tradizionalmente ritenuti impermeabili ad un sindacato pretorio incisivo – il giudice oggi possa (e quindi debba) valutare la simmetria dei rapporti di forza tra le parti, l'esercizio di tali forze svolto nel caso concreto ed il risultato che esso ha prodotto in termini di equilibrio delle prestazioni dedotte in contratto, tanto più si riduce la libertà negoziale dei contraenti, così restringendo *de facto* anche l'area in cui si esplica la libertà d'impresa, e di conseguenza riducendo quella capacità di allocare le risorse nel modo più efficiente possibile, tipica del contratto *self-contained*, e cioè di quell'accordo che, proprio in quanto negoziato e redatto da soggetti esperti, sofisticati, avvertiti e consapevoli, postula – o meglio, ha sicuramente postulato sinora – la riduzione al minimo della possibilità di interpretazione giudiziale¹⁴.

¹⁴ Come spiega efficacemente PARDOLISI, *Postilla*, cit., « il contratto tra imprenditori sofisticati, proprio perché consapevole e tendenzialmente *self-contained*, postula la riduzione al minimo dello spazio rimesso all'interpretazione giudiziale. La sola ermeneutica coerente con tale espressione dell'autonomia privata è quella che si appunta sul significato fatto palese dalle parole. Ciò consente alle parti di pianificare le loro operazioni senza il timore di subire decisioni che ne travolgano il significato. Se ai giudici non è dato spingersi oltre l'interpretazione letterale del testo, si azzera il rischio che le valutazioni effettuate dalle parti siano sostituite con quelle di altri soggetti presumibilmente meno informati; mentre la soluzione opposta aumenta a dismisura i costi transattivi, perché costringe le parti a redigere testi sempre più dettagliati. Beninteso, non c'è polemica con l'esercizio della funzione giudiziale. Piuttosto, la scelta dei criteri di interpretazione deve tener conto ad un tempo dei costi transattivi adottati dalle parti e dei costi di decisione dell'interprete. È evidente che quest'ultimo sarà raramente in grado di ottenere dalle parti o di raccogliere d'ufficio tutte quelle informazioni che sarebbero necessarie per sostituire la sua valutazione a quella dei contraenti. [...] Vi sono altri vantaggi connessi all'interpretazione letterale del contratto negoziato tra soggetti consapevoli e responsabili. Essa, per un verso scoraggia tentativi di rimettere in discussione le scelte effettuate; per l'altro, favorisce la sperimentazione di soluzioni contrattuali innovative. [...] Concedere spazio alle innovazioni dei privati significa favorire una più efficiente allocazione delle ri-

La scelta di favorire, o meno, un processo ermeneutico finalizzato a tutelare l'imprenditore (e, più in generale, il contraente) debole attraverso un siffatto sindacato giudiziale tocca, dunque, le corde più sensibili del diritto e della prassi contrattuale dei giorni nostri¹⁵, giungendo anche le logiche sottese ai principi costituzionali in materia di esercizio dell'attività economica¹⁶.

sose. [...] Un orientamento giurisprudenziale propenso a rimettere in discussione le scelte effettuate dai privati renderebbe eccessivamente rischioso il ricorso ad innovazioni contrattuali ».

¹⁵ Cfr., nella vastissima letteratura in argomento, oltre agli autori citati nelle altre note, U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; nonché M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 527; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Milano, 2004; F. CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004; S. TOLONI, *L'ordine della legge ed il mercato. La congruità dello scambio contrattuale, tra norme e valori*, in AA.VV., *Il diritto dei consumi, a cura di P. Perlingieri e E. Casterini*, Napoli, 2004; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 194; P. PERLINGIERI, *La tutela del contraente debole nelle negoziazioni immobiliari: traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 746; G. VETTORI, *Autonomia, privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impresa*, 1987, p. 423.

¹⁶ Tra le molte autorevoli voci in argomento, v. S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur e dir. priv.*, 2011, p. 365, nonché in C. SALVI, *Diritto LONA. L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in C. SALVI, o.c., p. 155; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 756; C. CASTRONOVO, *Autonomia bella: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 27; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334; F. D. BUSNELL, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 557; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 299; e G. OPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 533; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto*

Una tale scelta, in ragione degli effetti che è destinata a produrre, deve essere compiuta nella piena consapevolezza della sua eventuale necessità (o quanto meno, utilità) pratica e, comunque, previa attenta verifica della sua legittimità, sia sul piano formale che sostanziale.

In altre e definitive parole, prima di considerare possibile un'operazione intellettuale finalizzata a permeare il diritto tradizionale dei contratti con nuovi principi estrapolati da discipline settoriali di recente emanazione o a valorizzare l'istituto dell'abuso del diritto nell'ottica di consentire al giudice il sindacato dell'equilibrio contrattuale e l'esercizio di un qualche potere riequilibrante dello stesso¹⁷, bisogna

dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia, Milano, 1999; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998; e L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa ecc.*, 1997, I, p. 1. Tra le riflessioni più recenti, v. P. LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Padova, 2012, spec. pp. 251 ss., 414 ss. e 549 ss.; nonché L. NOCERA, *Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale "giusto"*, in *International Journal of Law and Finance*, 2011, p. 169. Per considerazioni di tenore sostanzialmente diverso, ma senz'altro interessanti, cfr. M. ESPOSTO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003.

¹⁷ Come noto la giurisprudenza italiana, negli ultimi lustri, ha scoperto l'importanza delle clausole generali e si è mostrata particolarmente favorevole ad un'ampia applicazione della categoria dell'abuso del diritto. Cfr., tra le altre, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85, con nota critica di R. PARDOLESI e A. PALMIERI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; nonché in *Giur. it.*, 2010, p. 556 (m), con nota adesiva di P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nullum dal contratto e abuso del diritto*; in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 149, con nota critica di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106)*. Secondo tale sentenza: « L'esercizio del potere contrattuale riconosciuto dall'autonomia privata, deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali – quali quello della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e delle correttezza – alla luce dei quali debbono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale e ciò al fine di evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio. Il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata deve essere condotto tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di una eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata. Il giudice, nel controllare ed interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare ed interpretare l'atto anche in funzione del contenimento degli opposti interessi delle parti contrattuali ».

quanto meno verificare che l'ordinamento non abbia già tradizionalmente ben in considerazione le problematiche relative all'asimmetria tra le parti ed allo squilibrio del contenuto del contratto perché se, invece, così fosse – e cioè se il sistema giuridico già si occupasse (certo, con tutta probabilità, offrendo soluzioni diverse da quelle oggi preferite da alcuni) di tali questioni – palese sarebbe il pericolo di applicare impropriamente logiche, regole ed istituti che il novello legislatore ha voluto destinare a situazioni o settori specifici, laddove, in ragione di diverse scelte, a livello generale lo stesso ha preferito (e preferisce tut'oggi) adottare soluzioni diverse.

Perché si possa colonizzare la « terra di mezzo », infatti – almeno in un'ottica di rigoroso rispetto per la teoria delle fonti (*rectius*, dei formanti¹⁸), e cioè riconoscendo alla legge il ruolo che, in un ordinamento a matrice civilistica come il nostro, le è proprio¹⁹ – non solo è imprescindibile che un lembo di terra ci sia davvero, ma è altresì fondamentale che questo non sia già da tempo abitato da colui il quale, secondo alcuni, avrebbe appena avviato l'opera colonizzatrice.

4. Asimmetrie e disequilibri nei rapporti contrattuali

La disparità di forza negoziale è una costante di tutti i rapporti contrattuali.

Teorizzare l'esistenza di contratti tra parti simmetriche, e cioè in condizione di eguale forza contrattuale, significa consapevolmente assumere un dato di partenza convenzionale, e cioè utile a semplificare

¹⁸ Per una sintetica, ma – si crede – efficace, ricostruzione della teoria delle fonti e dei formanti dell'ordinamento giuridico italiano, sia dato rinviare a F. DI CIOMMO, *Manuale di diritto privato – I parte*, Torino, 2010, capitolo II.

¹⁹ Ciò, ovviamente, senza voler sottovalutare la funzione fondamentale che la dottrina è chiamata a svolgere nel processo di evoluzione degli ordinamenti giuridici, in particolare in questo momento storico caratterizzato, almeno in Europa, da una certa afasia dei legislatori nazionali. Tra gli altri, per considerazioni oramai datate, ma ancora attuali, sul punto, v. P. GROSSI, *Modelli storici e progetti culturali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, spec. pp. 284-285; c. Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006.

l'analisi, ma falso. Ed infatti, non esistono contratti rispetto ai quali le parti abbiano davvero una posizione simmetrica, in quanto il venditore, ovviamente, e salvo rarissime eccezioni, conosce meglio dell'acquirente le qualità e le peculiarità (così come gli eventuali vizi) del bene compravenduto, ed il locatore, all'inizio del rapporto, conosce meglio del locatario il bene locato, mentre alla fine del rapporto può accadere che le posizioni si invertano e che, dunque, sia quest'ultimo a conoscere meglio del primo la reale consistenza attuale del bene. Ed ancora, l'appaltatore normalmente conosce meglio del committente le modalità con cui l'opera sarà compiuta, così come il depositario conosce meglio del depositante le condizioni in cui effettivamente egli conserverà in deposito il bene. Come osservato in proposito da autorevole dottrina « la disparità di forza negoziale non soltanto è omni-presente in punto di fatto, ma rappresenta altresì il sale, il motore immobilitabile dell'attività contrattuale: senza *bargaining power*, che può avere radici profonde ma anche legarsi a contingenze volatili ed occasionali, le parti non sarebbero indotte a contrarre »²⁰.

La magiche energie che sprigionano dall'accordo contrattuale sono in grado, tuttavia, di trasformare l'asimmetria – o, in altri termini, diversità – esistente tra le parti prima (e cioè « a monte » del procedimento di formazione dell'accordo) e durante la fase delle trattative in equilibrio negoziale, e cioè in reciproca soddisfazione (« a valle » di tale procedimento). Vero, infatti, è che il venditore normalmente conosce il bene molto meglio del compratore, ma è altresì vero che il compratore spesso ha varie alternative di acquisto tra cui scegliere e, quindi anche non abbia tali alternative, sovente può decidere di non acquistare a quelle date condizioni (salvo ovviamente si tratti di un bene essenziale la cui assunzione è urgente).

Dunque, l'asimmetria, come cennato, non solo costituisce l'occasione più comune, se non proprio la ragione, della contrattazione, ma rappresenta una situazione di partenza rispetto alla quale il raggiungimento dell'accordo negoziale segna un momento di svolta, o quanto meno di evoluzione, perché, ad esempio, se l'acquirente decide di contrarre malgrado sia poco informato circa le qualità e le caratteristiche

²⁰ Così ancora PARDOLISI, *Postilla*, cit.

del bene, ciò accadrà (salvo ipotesi patologiche su cui *infra*) perché egli considera quell'acquisto, a quelle date condizioni, in quel particolare momento, per lui conveniente. Con tutta probabilità, meno informato sarà l'acquirente, più il prezzo del prodotto dovrà essere basso (e/o la qualità del prodotto garantita) perché questi decida di concludere il contratto. Ecco, dunque, che l'asimmetria – considerata ed implicitamente valorizzata nell'ambito dell'accordo – in un'economia di mercato qualificata da concorrenza diffusa viene superata (o quanto meno assorbita, e comunque depotenziata) dal contratto, in quanto in esso ricompresa, fino ad evolversi nell'equilibrio complessivo delle prestazioni (o, più in generale, dei contenuti del contratto)²¹.

Di tutto ciò il legislatore del codice del 1942 appare pienamente consapevole, tanto che la disciplina generale del contratto – pur in linea teorica pensata rispetto a contratti sopra definiti simmetrici – si occupa espressamente di asimmetria di potere contrattuale (ad esempio in tema di clausole vessatorie e contratti standard), così come di squilibrio dei contenuti della singola clausola (v. il caso della clausola penale) o dell'intero contratto (v. il caso della rescissione). Ma sul punto si tornerà diffusamente più avanti.

Le rapide considerazioni appena cennate valgono senz'altro nell'ambito di quei rapporti in cui la volontà negoziale di tutte le parti coinvolte si forma, in modo fisiologico, razionale e, più o meno, spontaneo, riguardo all'intero contenuto dell'accordo. Ci sono però situazioni – il cui novero pare continuamente arricchito dalla moderna prassi contrattuale – in cui l'atteggiamento negoziale di almeno una parte si sviluppa secondo logiche diverse, tanto che si arriva a parlare

²¹ In proposito, v. F. FERRO LUZZI, *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, in G. VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, 554, il quale – rinviando a J. RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, trad. it., Milano, 2002 – osserva che nella legislazione del 1942 « così come per quanto concerne il prezzo, tutte le altre condizioni contrattuali sono considerate dall'ordinamento 'giuste' in quanto e per il solo fatto di essere state liberamente individuate dai contraenti, indipendentemente dalla circostanza che siano o meno "equie" (ovviamente nel senso di "proporzionate alle esigenze") ».

di « scambi senza accordo » e « contratti non negoziati »²². È il caso, secondo la migliore dottrina che si è occupata di tali fenomeni, dell'acquisto compiuto dai consumatori nei locali commerciali (ovvero tramite macchine distributrici automatiche o tramite software destinati ad operare su siti Internet), rispetto al quale il singolo interessato non può minimamente pensare di accedere a qualche forma di trattativa con il venditore né, spesso, è in condizione di conoscere davvero il prodotto che attira la sua attenzione.

Più in generale si può affermare che problemi analoghi si riscontrano tutte le volte in cui, nella moderna prassi commerciale, un consumatore contratta con un professionista. Troppo evidente, in tal caso, infatti, è l'asimmetria, quanto meno, di informazioni e di capacità commerciale tra i contraenti perché questa possa essere pienamente assorbita dall'accordo. Sebbene anche qui, per buona parte, tale assorbimento si verifichi comunque. Ed infatti, ad esempio, il consumatore nei grandi magazzini normalmente acquista a prezzi contenuti, rispetto ai prezzi di mercato, perché ciò è reso possibile, in particolare: dall'abbattimento dei costi necessari a fornirgli informazioni circa i prodotti, dalla standardizzazione dell'offerta, dalla razionalizzazione dell'organizzazione complessiva e dalla compattezza dei tempi di perfezionamento dell'operazione²³.

²² Cfr. N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1998, Id., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 437; G. OPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 524; e ancora N. IRTI, « È vero ma... » (replica a Giorgio Opo), *id.*, 1999, I, p. 273. Secondo autorevole dottrina, il fenomeno sarebbe così vistoso da consentire di affermare che l'autonomia a privata non appartiene al nostro tempo, ma sarebbe solo il luogo della nostalgia dei giuristi. In questo senso ID., *Intervento*, in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996, 91. Altri autori invece ritengono che «l'autonomia non perde la sua identità ma emerge e si riafferma nel quadro di una nuova assologia aggregante, che si dimensiona non solo nel mercato e nella sua efficienza, ma sul piano dei valori» (così in particolare R. TOMMASINI (a cura di), *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007, spec. p. XVII).

²³ In ragione di ciò, ad esempio, il consumatore, anche mediamente avvertito, potrebbe preferire, e spesso preferisce, acquistare il computer portatile presso il grande magazzino generalista, piuttosto che nel negozio di quartiere specializzato, dove certo avrà maggiore disponibilità da parte del venditore a fornirgli spiegazioni ed assi-

Proprio con riferimento ai rapporti negoziali tra professionisti e consumatori, come noto e come cennato già nel primo paragrafo, dagli anni Novanta del secolo scorso, soprattutto in attuazione di numerose direttive europee in argomento, il legislatore italiano, con interventi via via sempre più articolati e sistematici²⁴, ha costruito un vero e proprio statuto del consumatore, e cioè un complesso di norme e principi destinati, nel contesto di riferimento, a tutelare il contraente debole, che oggi hanno trovato una ordinata sistemazione nel c.d. Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206), ma che sono senz'altro presenti anche in altri testi di legge, tra cui il Testo Unico Bancario (d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385, c.d. TUB) ed il Testo Unico in materia di Intermediazione Finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, c.d. TUF).

In vero, il nostro codice civile del 1942 non era insensibile al tema, ed anzi, all'epoca della sua emanazione, rappresentò senz'altro, sotto questo profilo, un testo di avanguardia. Nel Titolo II del libro IV dedi-

stenza. Si parla, a questo proposito, di « ignoranza razionale » del consumatore, e cioè di una ignoranza, rispetto al bene da comprare (o, più in generale, al contratto da concludere), che il consumatore sceglie consapevolmente, in quanto la diversa opzione, che passa per l'acquisizione di ogni informazione utile, costerebbe troppo e, dunque, farebbe lievitare per lui eccessivamente i costi dell'operazione. Cfr., anche per considerazioni di diverso tenore, M.A. EISENBERG, *The Limits of Cognition and the Limits of Contracts*, in *Stanford Law Review*, January 1995, 47 (2), pp. 211-259.

²⁴ Si cominciò, come noto, con il d.P.R. n. 224 del 24 maggio 1988, recante attuazione della direttiva n. 374/85/CEE in materia di responsabilità del produttore per danni causati al consumatore dal difetto del prodotto; e si proseguì, tra l'altro, con il d.lgs. n. 50 del 15 gennaio 1992, recante attuazione della direttiva n. 577/85/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; con i d.lgs. n. 111 e n. 115 del 17 marzo 1995 recanti, rispettivamente, attuazione della direttiva 90/314/CEE in materia di pacchetti turistici e della direttiva n. 92/59/CEE in materia di sicurezza generale dei prodotti; con la legge n. 52 del 6 febbraio 1996, che, in attuazione della direttiva n. 93/13/CEE, all'art. 25 introdusse nel codice civile gli articoli dal 1469-bis al 1469-sexies in materia di clausole abusive nei contratti stipulati tra imprenditori e consumatori; con il d.lgs. n. 427 del 9 novembre 1998, recante attuazione della direttiva n. 97/47/CE in materia di multiproprietà; con il d.lgs. n. 185 del 22 maggio 1999, recante attuazione della direttiva n. 97/7/CE in materia di contratti conclusi a distanza; ed a seguire fino all'emanazione del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005, c.d. Codice del consumo, che ha raccolto tutte le regole di cui alle normative appena citate, e le ulteriori emanate in materia di tutela del consumatore, in un testo unico.

cato ai « contratti in generale », infatti, si trovano (almeno) due articoli (il 1341 ed il 1342) dedicati ai c.d. contratti di massa, e cioè ai contratti predisposti dall'imprenditore in forma standardizzata ed aperti all'adesione di una generalità indefinita di potenziali interessati²⁵. Del resto, la contrattazione di massa nello scorso secolo ha caratterizzato, sul piano giuridico, il settore della produzione e dello scambio di beni o servizi, in quanto risulta più economico (sebbene non sempre più efficiente), nelle dinamiche di mercato attuali, che colui che offre un determinato bene o servizio predisponga il relativo testo contrattuale così abbattendo notevolmente i c.d. costi transattivi e rendendo obbligatori per la controparte, spesso anche a livello transazionale²⁶, modelli di comportamento conformi alle proprie esigenze²⁷.

L'evoluzione del mercato e delle prassi commerciali ha evidenziato, tuttavia, come, al fine di tutelare i consumatori, ed in definitiva al fine di mantenere elevati i livelli di consumo, le regole tramandate dalle diverse tradizioni giuridiche europee andassero arricchite di specifici istituti finalizzati a ridurre il più possibile l'asimmetria negoziale tra professionista e consumatore o comunque a tutelare quest'ultimo, in particolare, dal rischio di subire proposte commerciali non attese e

²⁵ Per un'efficace sintetica ricostruzione della categoria, v. G. ALPA, *Contratti di massa*, a) *Profili generali*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 408. La letteratura nordamericana già dalla prima metà dello scorso secolo si dimostra attenta al tema; in proposito, v. F. KESSLER, *Contracts of Adhesion—Some Thoughts about Freedom of Contract*, in *Columbia Law Review*, 1943, 43 (5), pp. 629-642.

²⁶ Si pone, in questa prospettiva, il problema costituito da contratti predisposti dalle multinazionali, al fine di garantirsi una uniformità di comportamento e di rapporti nei diversi segmenti nazionali di cui si compone il mercato globale. Per un'autorevole ed approfondita riflessione in proposito, v. G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, II ed., Torino, 2010. Per considerazioni più datate ma ancora attuali, v. M. BIN, *La circolazione internazionale dei modelli contrattuali*, in *Contr. e impr.* 1993, p. 475; e L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, Napoli, 1994. Nella letteratura nordamericana, tra gli altri, vedi la risalente, ma ancora fondamentale, riflessione di T. RAKOFF, "Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction", in *Harvard Law Review*, 1983, 96 (6), pp. 1173-1284.

²⁷ Cfr., *ex multis*, F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 196; nonché P. PERLINGERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 196; e P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, spec. p. 47.

non volute, ed in definitiva di acquistare un prodotto o un servizio difforme da quello atteso o a condizioni diverse da quelle gradite. Ciò, per l'appunto, ha inteso fare il legislatore europeo, seguito a cascata dagli Stati membri, attraverso l'emanazione delle normative speciali cui si è fatto cenno poc'anzi. La qual cosa si spiega — volendo guardare al nostro ordinamento nazionale — in considerazione del fatto che, in vero, come si è cercato (se pure rapidamente) di accennare già in questo paragrafo, la logica sottesa alla disciplina generale del contratto contenuta nel codice civile, siccome basata sul mito dell'autonomia privata e dell'adesione consapevole, razionale e piena di tutte le parti ai contenuti dell'accordo, mal si concilia con la moderna prassi di mercato nella quale il consumatore partecipa dell'operazione economica, che lo vede contrapposto all'imprenditore, in modo affatto diverso rispetto a quanto ipotizzato dal legislatore del 1942²⁸.

²⁸ Come, molto efficacemente, osserva A. GENTILI, *Invalità e regole dello scambio*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Pala, Milano, 2011, p. 79 e *passim*, il legislatore europeo del diritto dei contratti, attraverso gli interventi a tutela del consumatore e più in generale della parte debole del rapporto, piuttosto che attribuire al giudice il potere di sindacare l'equilibrio dell'accordo, sembra aver voluto intervenire al fine di recuperare garanzie sul terreno della razionalità dei contraenti. Ciò in ossequio alla tradizione liberista che riconosce allo scambio un alto valore sempre che questo sia il risultato dell'incontro di volontà razionali formate in un contesto di mercato razionale. Questo il senso delle norme che, in particolare, imponendo al contraente in condizioni di superiorità di fornire informazioni, rendere il contratto comprensibile, fornirlo per iscritto, e riconoscendo alla parte debole il diritto di recesso, non a caso mirano ad incidere sul processo di formazione dell'accordo e non sull'equilibrio dello stesso. Per una diversa lettura, cfr., tra gli altri, V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, spec. pp. 158 e 161, secondo il quale il diritto europeo dei contratti «istituisce un vero e proprio controllo sul contenuto del regolamento, a prescindere da ogni considerazione del momento formativo del contratto, come pure da ogni influenza su di esso», e tale controllo «non si affida soltanto alla regolare formazione del contratto, ma anche e soprattutto a requisiti e presupposti che sono propri del regolamento in quanto tale; tra questi si colloca l'equilibrio delle prestazioni delle parti nel contratto, da verificare avendo riguardo ai diritti e agli obblighi ma anche alle conseguenze economiche e patrimoniali da esso scaturenti». Sul punto, *ex multis*, cfr. anche A. FEDERICO, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, cit., p. 329, e A. D'ADDA, *La correzio-*

La questione, adesso, sul versante della tutela del c.d. imprenditore debole, è decidere se in mancanza di un intervento legislativo articolato, completo ed ambizioso quale quello realizzato con specifico riferimento alla tutela del consumatore, si possa ritenere che l'asimmetria esistente nei contratti tra professionisti, laddove risulti fisiologica rispetto alla tipologia ed alla qualità dei contraenti (in particolare nella prospettiva propugnata dai sostenitori del "contratto asimmetrico") ed abbia prodotto, secondo il giudice del caso concreto, una composizione squilibrata degli interessi dedotti nel contratto, meriti di (e dunque possa) essere considerata presupposto applicativo di norme speciali di recente produzione — eventualmente anche eccentriche rispetto al fitto reticolato di pesi e contrappesi posti dalla sistemica codicistica a presidio dei rapporti contrattuali ed a salvaguardia dell'autonomia privata — ovvero di clausole generali tradizionalmente collocate nel codice civile ma qui riviste e riconsiderate al fine, per l'appunto, di depotenziare l'asimmetria e presidiare l'equilibrio delle prestazioni contrattuali²⁹.

5. Contratti tra imprenditori e gestione del rischio

A ben vedere le ragioni che hanno condotto il legislatore italiano, negli ultimi lustri, ad emanare normative a tutela del c.d. imprenditore

ne del «contratto abusivo». Regole dispositive in funzione «conformativa». Ovvero una nuova stagione per la giustizia contrattuale?, *id.*, p. 361.

²⁹ In proposito, pur rinviando ai paragrafi che seguono per il necessario approfondimento sulla questione posta, giova fin d'ora cenare al monito di Gentili, *op. cit.*, spec. p. 134, il quale, dopo aver chiarito che, in presenza di terminate condizioni, «la giustizia dello scambio è la regola produttiva di maggior valore», continua la riflessione di cui alla nota che precede affermando che: «Lo scambio è giuridicamente giusto quando realizza interessi. Ed allora è anche efficiente, individualmente e collettivamente, perché soddisfa bisogni effettivi con mezzi giudicati soddisfacenti da coloro che se ne servono. La giustizia non può venire dall'esterno. Per questo mi sembrano generose ma pericolose quelle ricerche giuridiche oggi tanto diffuse sulla giustizia contrattuale. L'unica autentica giustizia — e quindi validità — del contratto è "procedurale". Nasce da una corretta formazione attraverso una corretta negoziazione».

debole (per il vero sporadiche, sebbene, negli ultimi mesi oggetto di particolare attenzione e valorizzazione da parte dello stesso legislatore³⁰) non paiono analoghe a quelle che hanno ispirato, anche a livello europeo, il completo e ficcante intervento a tutela del consumatore³¹.

A riguardo giova richiamare quanto sinteticamente detto nel paragrafo di apertura a proposito della seconda ipotesi su cui si fonda la presente riflessione.

A ciò va aggiunto che, al contrario di quanto può osservarsi rispetto al cosiddetto *consumer law*, il risultato concretamente perseguito dalle recenti cennate normative in materia di tutela dell'imprenditore debole non è — e non può essere — l'abbattimento dell'asimmetria negoziale, né la sua riduzione, visto che qui si assume che l'imprenditore, essendo un professionista, non soffre tanto (a monte) problemi di carattere informativo né lamenta scarsa preparazione o predisposizione a ricevere e valutare l'altrui offerta commerciale, bensì, ad esempio, mancanza di alternative commerciali e dunque di sbocchi di mercato, ovvero problemi di dipendenza tecnologica o logistica³². L'obiettivo perseguito dal legislatore in tale contesto, dunque, consiste nell'evitare che l'asimmetria (eventualmente) esistente a monte del procedimento di formazione del contratto si traduca per l'imprenditore in un disequilibrio a valle del procedimento medesimo, e cioè in uno significativo squilibrio tra le prestazioni concretamente dedotte in contratto idoneo a produrgli un danno giuridicamente rilevante. Tema, quello dell'equilibrio delle prestazioni, che invece — come sopra cennato — è tutto

³⁰ Cf. la nota n. 4.

³¹ Cf., tra gli altri, R. PARDOLESI e A. PALMIERI, *Clausole vessatorie, negoziazione individuale, onere probatorio: di terre promesse ed imperialismo del "consumer law"*, in *Foro it.*, 2008, I.

³² L'art. 9 della legge 192/1998, a riguardo dispone, nel suo comma 1, che: « Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti ». Ed al comma 2 precisa inoltre che: « L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto ».

sommato estraneo, o quanto meno non centrale, nell'ambito della disciplina rivolta alla tutela del consumatore.

La precisazione appena svolta non è priva di conseguenze.

Vero è, infatti, che il nostro codice civile non sembra prestare particolare attenzione al tema dell'asimmetria negoziale, intesa come differente forza, organizzazione o capacità espressa da ognuno dei contraenti a monte del procedimento di eventuale formazione del contratto. E ciò vale sia per i contratti tra parti poste sullo stesso piano formale, quanto per i contratti tra imprenditore e consumatore, visto che — come già sottolineato — il codice tradizionalmente non distingue le due categorie. Allo stesso tempo, però, non può certo affermarsi che esso trascuri di occuparsi delle conseguenze dannose eventualmente prodottesi a valle del procedimento negoziale, anche laddove derivanti da ipotesi di asimmetria negoziale, ed in particolare dell'equilibrio tra le prestazioni e degli effetti dell'inadempimento delle obbligazioni contrattuali.

Rispetto a tali tematiche, anzi, il nostro codice civile rivela una grande ricchezza di istituti, principi e regole che operano con due precisi obiettivi. Il primo: consentire alle parti di raggiungere un accordo che sia *ab origine* per loro soddisfacente (ed in questo senso operano in particolare le norme in materia di rescissione e di annullabilità del negozio per vizi della volontà), quale che sia — salvo casi eccezionali in cui al giudice è espressamente consentito un sindacato di merito a riguardo³³ — l'assetto di interessi realizzato in concreto dai contraenti.

³³ Ad esempio, come noto, il codice civile, all'art. 1384, prevede che « la penale può essere diminuita dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento ». Circa la riducibilità d'ufficio della penale da parte del giudice, v. la sentenza n. 18128 del 13 settembre 2005 (in *Foro it.*, 2006, I, 106, con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza*), con cui le Sezioni Unite della Suprema Corte, ribaltando l'orientamento pretorio sino ad allora granitico, riconobbero l'azionabilità d'ufficio del potere di riduzione; nonché, da ultimo, la sentenza n. 21297 del 14 ottobre 2011, in *Massimario it.*, 1/2012, con la quale la Cassazione ha precisato che il potere d'ufficio del giudice può comunque esercitarsi solo nell'ambito di quanto dedotto e provato dalle parti. In proposito, v. anche la sentenza n. 8071 del 28 marzo 2008 (in *I contratti*, 2008, 318,

Il secondo: fare in modo che l'accordo sia eseguito senza significative alterazioni rispetto all'equilibrio iniziale. La trama disciplinare che ne deriva trasuda di liberismo e valorizza il più possibile la capacità negoziale dei contraenti, limitando l'intervento giudiziale ad ipotesi considerate patologiche e particolarmente gravi, e comunque sempre delimitando quest'ultimo in modo circostanziato, come appresso si vedrà.

Il sistema, dunque, mostra di nutrire fiducia nel libero esercizio dell'autonomia privata e si limita, come detto, a presidiarne la concreta realizzazione solo al fine di evitare che la volontà negoziale non sia libera e piena nel momento in cui si forma l'accordo, nonché di garantire ognuno dei contraenti rispetto all'eventualità che il danno eventualmente scaturente (in capo a tutte le parti coinvolte) dall'adempimento (anche parziale) delle obbligazioni contrattuali risulti di dimensioni significativamente più importanti rispetto al rischio consapevolmente assunto da ciascuno al momento in cui è stato raggiunto l'accordo³⁴.

In tale contesto, giova sottolinearlo, il concetto di rischio appare centrale³⁵.

Ed infatti, secondo le teorie gius-economiche più accreditate, il contratto concluso tra professionisti, *rectius* tra parti avvertite, sofisticate, esperte e consapevoli, più o meno negoziato che sia, rappresenta

con nota di E. BATTELLI, *Clausola penale: riduzione di ufficio e criteri di valutazione* con cui sempre la Cassazione ha espressamente affermato che l'articolo 1384 c.c. favorisce la ricostruzione dell'equilibrio contrattuale non solo nella fase formativa dell'accordo, ma anche in quella attuativa del medesimo, ed in ragione di ciò ha ritenuto sia giustificabile l'azionabilità d'ufficio del potere di riduzione.

Alla clausola penale sono dedicate, più avanti nel testo, rapide considerazioni svolte nel paragrafo n. 6, all'interno della rassegna di alcune disposizioni codicistiche di particolare interesse nell'ambito della presente riflessione.

³⁴ Per una prima ricognizione del concetto giuridico di rischio, v. G. ALPA, *Rischio*, in *Noviss. Dig. it., App.*, VI, Torino, 1986, p. 863; ed Id., *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1989, p. 1146.

³⁵ La circostanza non rappresenta una novità, e cioè un prodotto della moderna prassi economica. Per una interessante ricostruzione del ruolo che il rischio giocava già nel diritto romano classico, infatti, v. E. BETTI, *Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico*, in *Jus*, 1954, p. 335.

un modo economicamente efficiente (anzi, il più efficiente) per allocare al meglio le risorse esistenti in un certo contesto in un dato momento. Attraverso il contratto (oneroso) i contraenti spostano beni o si impegnano ad erogare prestazioni, a favore di chi tra loro attribuisce a quel dato bene o a quella data prestazione il valore maggiore, di talché a parità di condizioni e di risorse, concluso ed eseguito il contratto queste ultime saranno allocate laddove sono maggiormente apprezzate e quindi meglio valorizzate, la qual cosa determina, in buona sostanza un aumento della ricchezza complessiva (detto in altri termini, del benessere di tutti) perché chi ha ceduto le risorse lo avrà fatto in ragione di un prezzo che egli considera per lui vantaggioso, mentre chi le ha acquistate rierrà di averle pagate meno di quanto per lui valgono.

Gli elementi capaci di incidere negativamente su questo scenario idilliaco — prescindendo dalle complicazioni derivanti dalla considerazione nel modello di riferimento dei costi transattivi³⁶ — sono tutti ri-

³⁶ La sintetica esposizione della teoria gius-economica del contratto qui appena cenata, in realtà, andrebbe completata osservando che, laddove esistono significativi costi transattivi (cioè costi afferenti alle trattative condotte, o alla ricerca delle garanzie richieste, o agli investimenti necessari per acquisire le necessarie informazioni) l'allocazione delle risorse determinata dalla contrattazione non è affatto detto che risulti economicamente efficiente. In tale prospettiva il diritto dei contratti è chiamato, a patto che sia ben calibrato, a limitare i costi transattivi o a correggere le storture allocative che la presenza di tali costi può generare nel mercato, e ciò sia a livello microeconomico che macroeconomico. Sul tema specifico, v., *ex multis*, B. KLEIN, *Transaction Cost Determinants of Unfair Contractual Arrangements*, in *American Economic Review*, May 1980, 70 (2), pp. 356-360; nonché S.N.S. CHEUNG, *Transaction Costs, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements*, in *Journal of Law & Economics*, 1969, 12 (1), pp. 23-42.

Più in generale, per l'ampia letteratura su questi temi, cfr. E.B. HERMALIN, A.W. KATS e R. CRASWELL, *Law and Economics of Contract*, in A.M. POLINSKY e A. SHAVELL (a cura di), *Handbook of Law and Economics*, 1, North Holland, 2007; P. BOLTON e M. DEWATRIPONT, *Contract Theory*, Cambridge, MA: MIT Press, 2005; A. SCHWARTZ e R. E. SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in *Yale Law Journal*, 2004, 113 (3), pp. 541-620; G.H. TREITEL (a cura di), *The Law of Contract*, 11th ed., London, 2003; A. SCHWARTZ, *Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 427; R. CRASWELL, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, in *Michigan Law Review*, 1989, 88 (3), pp. 489-529; O. HART e B. HOLMSTRÖM, *The Theory of Contracts*, in J. BEWLEY (a cura di), *Advances in Economic Theory*, Cambridge, 1987, p.

compresi nella nozione di rischio. Così è, ad esempio, per l'inadempimento colposo o doloso del debitore, ma anche per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e per la sopravvenienza di circostanze che incidono sull'equilibrio originario tra le prestazioni³⁷.

In realtà, la dottrina italiana risulta ancora sostanzialmente ancorata all'idea tradizionale per cui solo dopo aver escluso l'imputabilità dell'inadempimento avrebbe senso parlare di rischio contrattuale, e ciò in quanto il tema dell'inadempimento doloso o colposo non costituirebbe, in senso giuridico, una variabile da intendersi come rischio gestibile dalle parti, visto che la disciplina dell'inadempimento sarebbe presidiata da parametri soggettivi (art. 1229 c.c.) informati a criteri di prevenzione generale o speciale più che a criteri di efficienza economica³⁸.

La tesi — che sul piano economico risulta contraddetta dal semplice rilievo per cui ogni circostanza non direttamente sotto il controllo del contraente per quest'ultimo rappresenta un rischio di ipotetico danno — non appare condivisibile nemmeno apprezzandola sul mero piano giuridico (sempre che una tale operazione sia possibile e, soprattutto, utile) se solo si osserva che, al contrario di quanto assunto nell'ambito della teoria qui confutata, il codice civile consente alle parti di gestire il rischio dell'inadempimento attraverso diversi istituti contrattuali tipici (clausola risolutiva espressa, caparra confirmatoria, clausola penale, clausole di esclusione della responsabilità, ecc.), rispetto ai quali può esercitarsi in modo ampio l'autonomia privata dei contraenti e

141: R.E. BARNETT, *A Consent Theory of Contract*, in *Columbia Law Review*, 1986, 86 (2), p. 269-321; P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 512; ed ovviamente il celeberrimo saggio di R. COASE, *The Problem of social costs*, in *J.L. & Econ.*, 3 (1960), p. 1.

³⁷ Tra le molte altre opere dedicate a questi temi, si segnalano fin d'ora P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1982; ID., *Eccezionale onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1991, p. 246; e M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002.

³⁸ Così Betti, *op. cit.*, passim; e più di recente A.G. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, spec. p. 44-48; cfr., in proposito, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, spec. p. 48.

che, per molti versi, marginalizzano l'operatività della più parte delle norme che, in caso di mancata previsione negoziale, opererebbero in caso di *default*, mentre l'ordinamento si riserva di intervenire nell'equilibrio raggiunto tramite l'accordo contrattuale in tema di gestione del rischio di inadempimento solo in caso di manifesta eccessività della penale ovvero in caso di inadempimento dovuto a dolo o colpa grave. Emblematica, in questa prospettiva, appare la previsione di cui all'art. 1462 c.c., a tenore della quale con apposita clausola contrattuale le parti possono pattuire che una di esse non può opporre eccezioni « *al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta* ». La disposizione — ed è questa la parte che appare più interessante — prevede altresì che tale clausola non ha effetto per le eccezioni di nullità, annullabilità e di rescissione del contratto, mentre fa implicitamente salvo il caso dell'inadempimento. Ciò, come evidente, conferma che le parti, anche laddove intendono pattuire, in capo ad una di esse, la non opponibilità delle eccezioni, godono di una vasta autonomia negoziale, ed in particolare possono operare liberamente quanto all'eccezione di inadempimento, essendo tale autonomia limitata solo rispetto a questioni di eccezionale importanza e valenza generale, che trovano espressione e disciplina negli istituti della nullità, dell'annullabilità e della rescissione. Dal che si ricava, indirettamente, una ulteriore conferma di come l'inadempimento costituisca, anche sul piano giuridico, oltre che economico, un elemento di rischio che le parti possono contrattualmente gestire. Sul punto si tornerà brevemente più avanti.

Esaurita la digressione sul rapporto tra inadempimento e rischio, va sottolineato che, in ragione di quanto sopra osservato, in definitiva, ogni scostamento del concreto sviluppo del rapporto contrattuale rispetto ai binari concordati, o comunque considerati dal singolo contraente come concordati, costituisce per quest'ultimo un rischio di potenziale danno. Rischio che ovviamente aumenta in relazione alla durata temporale del rapporto: più lunga sarà tale durata e più il rischio, a parità di condizioni, sarà consistente. Di talché il problema giuridico del rischio è stato avvertito e studiato dalla nostra letteratura con particolare riferimento ai contratti di durata, e più di recente rispetto ai rapporti ad esecuzione continuata o differita nei quali il contratto spesso

mostra in modo più lampante la sua inevitabile tendenza all'incompletezza³⁹. Senza tuttavia potersi negare che il rischio è elemento centrale di ogni contratto rispetto al quale ci sia una apprezzabile distanza temporale tra conclusione dell'accordo ed esecuzione delle obbligazioni (o, più in generale, produzione degli effetti materiali) che ne derivano⁴⁰.

Proprio per gestire questo rischio, che incombe su entrambe le parti, esse stipulano un contratto, e cioè sottopongono la propria operazione economica ad un sistema di regole in parte generate dall'accordo tra i contraenti ed in parte necessariamente eterogenee, giacché nessun contratto può in concreto ritenersi autosufficiente, trovando la sua ragion d'essere e la sua forza operativa nel sistema giuridico in cui opera⁴¹.

³⁹ Cfr., *ex multis*, G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; e F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in Riv. dir. civ., 2002, p. 83. Nella dottrina nordamericana il tema è stato indagato sotto molteplici aspetti negli ultimi lustri tra gli altri da E.B. RASMUSEN, *Explaining Incomplete Contracts as the Result of Contract-Reading Costs*, in *Advances in Economic Analysis & Policy*, 2001, 1 (1), Article 2; I.R. SEGAL, *Complexity and Renegotiation: A Foundation for Incomplete Contracts*, in *Review of Economic Studies*, January 1999, 66 (1), pp. 57-82; K.E. SPIER, *Incomplete Contracts and Signaling*, in *RAND Journal of Economics*, Autumn 1992, 23 (3), pp. 432-443; T. CHUNG, *Incomplete Contracts, Specific Investments, and Risk Sharing*, in *Review of Economic Studies*, 1991, 58 (5), pp. 1031-1042; G.K. HADFIELD, *Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts*, in *Stanford Law Review*, 1990, 42 (4), pp. 927-992; P.L. JOSKOW, *Contract Duration and Relationship-Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Markets*, in *American Economic Review*, 1987, 77 (1), pp. 168-85; nonché O.D. HART, *Incomplete Contracts*, in J. EATWELL, M. MILGATE e P. NEWMAN (a cura di), *Allocation, Information, and Markets*, New York: W.W. Norton & Co., 1987.

⁴⁰ Per una dataata, ma assai interessante ed ancora attuale, riflessione in tema di rapporti tra diritto e gestione del rischio di inadempimento, v. G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, sebbene in tale saggio l'Autore si riferisca alle obbligazioni in generale, piuttosto che all'obbligazione contrattuale.

⁴¹ Per considerazioni di vario tenore in argomento cfr. A. FRIGNANI, *La Hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law*, in Riv. dir. civ., 1979, p. 680; E. GABRIELLI, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, in *Ciur. it.*, 1986, I, 1, c. 1705.

Dunque — a differenza di quanto in generale può dirsi relativamente al contratto tra professionista e consumatore, che di fatto rappresenta poco più di un'esplicazione, da parte del primo, delle condizioni regolanti il rapporto e le cui clause, si ribadisce, molto spesso il consumatore nemmeno conosce se non molto superficialmente — il contratto concluso tra soggetti avvertiti, sofisticati, esperti e consapevoli è tecnicamente uno strumento di gestione del rischio. Circo stanza questa che, giova sottolinearlo con particolare vigore, non sfugge affatto al nostro legislatore⁴².

Sulla scorta delle considerazioni sin qui svolte, ed in particolare di quelle esposte negli ultimi due paragrafi, può, dunque, dirsi dimostrata la tesi numero uno: tra la categoria dei contratti conclusi tra imprenditore e consumatore e quella dei contratti conclusi tra imprenditori e consumatore differenze, in particolare apprezzabili nel rapporto tra volontà dei contraenti e contenuto dell'accordo negoziale, ma anche riguardo alla funzione che il contratto è chiamato a svolgere, che giustificano il diverso approccio che il legislatore risulta aver dedicato al tema della tutela del consumatore rispetto a quella della tutela dell'imprenditore debole.

6. Un possibile (grave) paradosso

Che la logica sottesa alla policy legislativa finalizzata alla tutela del consumatore sia sostanzialmente altra e diversa rispetto a quella che

⁴² Il tema è trattato, se pure da angolazioni e con sfumature diverse, tra gli altri, da F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999; E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Studi, Napoli, 1997; R. PARDOLESI, *Regole di "default" e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 1996, pp. 451, 456; A. GIAMPIERI, *Rischio contrattuale in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1993, p. 31; ID., *Rischio contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1993, p. 26; AA.VV., *La ripartizione dei rischi nei contratti internazionali*, Milano, 1987; G. FERRARINI, *Il controllo dei rischi come criterio di responsabilità nella vendita internazionale*, in ALPA, BESSONE, RODOTÀ, PULITINI e ROMANI, *Analisi economica e interpretazione giuridica*, Milano, 1982; e M. BESSONE, *Adeguamento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.

potrebbe ispirare un intervento generale a tutela dell'imprenditore debole o dell'equilibrio contrattuale comunque sia – così come rispetto a quella che ha indotto il nostro legislatore ad emanare la norme in materia di subfornitura industriale, ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali e affiliazione commerciale – sembra un dato incontrovertibile.

Anche la giurisprudenza, del resto, sia in Italia che in Europa, ha affermato a più riprese la non applicabilità, a favore del professionista, ed in ogni caso a favore di soggetti diversi dalla persona fisica, delle norme poste a tutela del consumatore, anche quando il contratto veda coinvolti due professionisti, di cui uno ha agito in obiettiva condizione di inferiorità informativa e/o tecnologica e/o commerciale rispetto all'altro, purché l'atto posto in essere sia in qualche modo connesso all'attività professionale⁴³.

Da ciò si ricava l'impressione del seguente possibile (grave) paradosso. Se si consentisse al giudice di tutelare l'imprenditore debole esercitando un generale potere di controllo circa l'equilibrio (o, peggio ancora, l'equità) del contenuto contrattuale, si rischierebbe di determina-

⁴³ Da ultimo, v. Cass., ord. 14 luglio 2011, n. 15531, in *Giust. civ.*, 2011, p. 2816 (e per la sola massima che segue in *Guida al dir.*, 2011, pp. 36, 70), con la quale è stato affermato il principio di diritto per cui: « ai fini dell'identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela forte del codice del consumo, approvato con il d.lgs. 206/2005, la qualifica di consumatore spetta solo alle persone fisiche e non alle società, e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale può essere considerata alla stregua del semplice consumatore soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività. Deve considerarsi professionista tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che invece utilizzi il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale; non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale ». Per l'applicabilità, in ogni caso, della tutela del consumatore a favore di soggetto diverso dalla persona fisica, già Corte giustizia Comunità europee, 22 novembre 2001, n. 541/99, 542/99, in *Foro it.*, 2001, IV, 501, ove si afferma espressamente che « una persona diversa da una persona fisica, che stipula un contratto con un professionista, non può essere considerata consumatore », avallata anche da Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, 332.

re, oltre ad una sicura incertezza pratica, una significativa contraddizione sistemica in quanto l'ordinamento si presterebbe, almeno in teoria e fatta salva la sensibilità del singolo giudice, a tutelare l'imprenditore nei rapporti contrattuali con un altro professionista in modo più incisivo rispetto a quanto non faccia con il consumatore.

Va qui ricordato, infatti, che – come sopra cennato – l'attuale assetto della disciplina a tutela del consumatore, malgrado il c.d. Codice del consumo riconosca espressamente « a utenti e consumatori » il diritto fondamentale alle « equità nei rapporti contrattuali » (art. 2, comma 2, *lett. e*) del d.lgs. 206/2005, ma il principio era già presente nella legge n. 281/1998), non si focalizza sui concetti equilibrio o di equità contrattuale. Di conseguenza, non consente al giudice di sindacare discrezionalmente l'equilibrio delle prestazioni dedotte in contratto o più in generale i contenuti di questo, giacché, anche laddove esso si affida maggiormente al giudizio pretorio, rimette al giudice solo l'accertamento circa il fatto che una singola clausola, ad esempio tipicamente considerata abusiva, sia stata o meno oggetto di specifica trattativa tra le parti, impedendo comunque ogni valutazione di merito circa l'abusività della clausola e l'equità complessiva del contratto.

A dimostrazione di ciò, giova ricordare che per il c.d. Codice del consumo una clausola si considera vessatoria solo se provoca, « a carico del consumatore » uno « squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto » che sia « significativo » (art. 33, comma 1), e sempre che la clausola o i suoi elementi « non siano stati oggetto di trattativa individuale » (art. 34, comma 4), con l'ulteriore precisazione che « la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile » (art. 34, comma 2).

In definitiva, dunque, nella prospettiva paradossale qui denunciata, il giudice alle prese con un contratto concluso tra professionisti – e cioè, come detto, uno strumento con cui le parti hanno inteso consapevolmente gestire il rischio sotteso all'operazione economica tra loro concordata – avrebbe, in forza dei principi e delle clausole generali asservitamente operanti in materia, un sindacato più ampio e invasivo circa i contenuti del contratto e, in altri termini, circa l'esercizio dell'autonomia negoziale dei privati, potendo arrivare a sancire la nullità del

patto affetto da squilibrio e così restituire un qualche equilibrio, o addirittura una certa equità, al contratto.

Ciò, da un lato, non sembra, allo stato dell'arte, rispettare lo spirito complessivo della disciplina del contratto, e più ancora del contratto tra professionisti, fornita dal nostro diritto positivo, come meglio si vedrà nel prosieguo. Dall'altro, sul piano pratico, rischierebbe di produrre effetti tutto sommato non auspicabili, e forse nemmeno costituzionalmente orientati, in quanto non funzionali al perseguimento dell'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost.⁴⁴

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, va osservato che, ad esempio, i professionisti potrebbero essere demotivati ad esplicitare pienamente la propria autonomia privata attraverso la ricerca delle soluzioni contrattuali condivise più consona ai propri interessi in quanto ogni deviazione rispetto ai modelli tipici aumenterebbe, per entrambe le parti, il rischio dell'intervento pretorio correttivo. Il che, nemmeno troppo alla lunga, finirebbe senz'altro per ridurre notevolmente la capacità allocativa del contratto, ed in particolare dei contratti negoziati, giacché la costruzione dell'accordo negoziale entro schemi tipici impedisce alle parti di valorizzare al meglio le peculiarità dell'operazione concreta e di poter gestire, dunque, nel modo per loro più efficiente il rischio connesso al contratto che si accingono a concludere.⁴⁵

⁴⁴ Per una recente riflessione sul significato attuale dell'espressione « utilità sociale » di cui all'art. 41 Cost. e sul rapporto tra questa ed il principio di autonomia privata, anche indagato alla luce dei principi europei, v. S. MAZZAMURO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, cit., spec. p. 173.

⁴⁵ Nella letteratura gius-economica su questi temi, tra gli altri v. P. AGHION e B. HERMALIN, *Legal Restrictions on Private Contracts can Enhance Efficiency*, in *Journal of Law, Economics, and Organization*, Fall 1990, 6 (2), pp. 381-409; ma anche E.A. POSNER, *Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract*, in *Journal of Legal Studies*, 1995, 24 (2), pp. 283-319; Id., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1998, spec. p. 15; e B.E. HERMALIN e M.L. KATZ, *Judicial Modification of Contracts Between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach*, in *Journal of Law, Economics, and Organization*, Fall 1993, 9 (2), pp. 230-255. Sulla funzione allocativa del contratto anche in riferimento all'ordinamento italiano, v. R. PARDOLESI, P.G. MONATERI, U.

7. Autonomia privata ed equilibrio contrattuale nel codice civile

La sensazione indotta dalle considerazioni sin qui svolte è che molti fattori di un ripensamento del diritto dei contratti tradizionale teso a valorizzare il principio di equità e/o di equilibrio tra le prestazioni – anche solo con riferimento all'imprenditore debole – se pure mossi da un intento per molti versi condivisibile, non sembrano tenere adeguatamente in conto le risposte che, rispetto al tema, offre l'attuale assetto normativo italiano.

Ed infatti, ad una ricognizione puntuale della disciplina operante in materia collocata nel nostro codice civile, risulta evidente – come anticipato per cenni nel paragrafo 5 – che l'equilibrio contrattuale ha una sua piena valutazione in termini di gestione consapevole del rischio da parte dei contraenti e di effetti del contratto in caso di patologia del rapporto. Che poi tale valutazione possa non essersi sin qui tradotta nell'emanazione di norme o nell'affermazione legislativa di principi che una parte della dottrina potrebbe giudicare opportuni, ciò attiene a questioni di politica del diritto e non di diritto positivo.

Tanto per fare qualche esempio a riguardo, può richiamarsi l'attenzione sull'istituto della clausola penale. Come noto, l'art. 1382 c.c. consente alle parti di convenire, al momento della conclusione dell'accordo ed in un'apposita clausola contrattuale, l'ammontare dovuto a titolo di risarcimento dalla parte eventualmente inadempiente « anche indipendentemente dalla prova del danno », così limitando tale ammontare, salvo che sia « stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore ». Attraverso questa disposizione il codice riconosce alle parti il potere di gestire, secondo l'assetto che esse ritengono preferibile al momento della stipula del contratto, il rischio inadempimento.

Tuttavia, l'art. 1384 c.c., nel completare la disciplina dedicata all'istituto in parola, prevede che il giudice possa diminuire « equamente » l'importo stabilito di comune intesa tra i contraenti, e ciò nel caso in cui « l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto ri-

MATTEI, R. COOTER e T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, vol. I, *Fondamenti*, ma anche vol. II, *Applicazioni*, Bologna, 2006, *passim*.

guardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento». La norma rappresenta uno dei rari casi in cui, in materia contrattuale, il codice consente al giudice un sindacato circa l'equità di una clausola prodotta dall'accordo delle parti. La recente giurisprudenza — al contrario di quanto ha fatto negli scorsi decenni — riconosce oggi che il giudice può ridurre l'importo della penale pattuito dai contraenti anche in mancanza di espressa richiesta della parte interessata, sempre che le circostanze idonee a consentire l'applicabilità della disposizione in parola siano state dedotte e provate in giudizio⁴⁶. Indipendentemente dalla questione dell'azionabilità di ufficio (su cui, peraltro, è lecito nutrire più di un dubbio⁴⁷), l'art. 1384 sembra dimostrare come il legislatore del 1942 avesse ben chiaro il tema dello squilibrio contrattuale e fosse consapevole che, anche nell'ambito di un contratto negoziato, può accadere che uno dei contraenti subisca l'esercizio dell'altro maggior forza contrattuale e sia, dunque, in qualche modo costretto, avendo interesse per la conclusione del contratto, ad accettare una clausola per lui eccessivamente penalizzante.

Tale consapevolezza, nell'assetto codicistico, non si è tradotta in un principio per cui al giudice è dato un generale sindacato dell'equità di tutte o alcune clausole contrattuali, né tanto meno in un principio per cui la clausola considerata non equilibrata deve essere considerata invalida. Ed anzi il caso della penale sembra restare sostanzialmente isolato nel panorama codicistico, visto che anche in tema di caparra confirmatoria e di caparra penitenziale — e cioè nell'ambito di due istituti sistematicamente attigui e, in qualche modo, concettualmente vicini alla penale — al giudice non è riconosciuto analogo potere.

Del resto, nelle ulteriori poche disposizioni in cui il codice riconosce al giudice il potere di sindacare l'equilibrio delle prestazioni contrattuali — si vedano, in proposito, gli artt. 1447-1452 in materia di re-

⁴⁶ In proposito si rinvia a quanto già osservato alla nota n. 33. Per una riflessione recente sull'art. 1384 c.c., ovviamente comprensiva del problema relativo alla riduzione della penale, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi contenuti, v. P. IAMICELI, *Della clausola penale* (artt. 1382 - 1384 c.c.), in E. NAVARRETTA e A. ORESTANO (a cura di), *Commentario del codice civile*, Torino, 2011.

⁴⁷ Cf. A. PALMERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza*, cit.

scissione e l'art. 1467 in materia di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta — ciò sembra giustificarsi in ragione del fatto che l'entità di tali prestazioni non sarebbe in alcun modo riconducibile alla volontà della parte che ne subisce le conseguenze. Ed infatti, è oggettivamente difficile sostenere che colui che ha contratto in stato di pericolo, o ancor di più colui che ha contratto in stato di bisogno subendo altresì l'altro significativo (*ultra dimidium*) approfittamento, sia stato in condizione di valutare realmente se accettare o meno la proposta negoziale della controparte⁴⁸. Così come è evidente che le circostanze sopravvenute, laddove realmente « straordinarie e imprevedibili » (ai termini di legge), non possono che essere rimaste estranee a qualunque valutazione svolta dai contraenti al momento della conclusione del contratto. In definitiva, dunque, le disposizioni in parola riconoscono al giudice il potere di sindacare l'equilibrio delle prestazioni contrattuali in quanto l'esercizio di tale potere non sembra porsi, neanche in ipotesi, in contrasto con il principio per cui l'autonomia negoziale privata gode della massima libertà salvo i limiti espressamente, ed eccezionalmente, imposti dall'ordinamento attraverso le norme inderogabili⁴⁹.

A puntellare le brevi considerazioni appena svolte in materia di rescissione e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, giova

⁴⁸ V. in proposito L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Milano, 1979, *passim*, il quale sostiene che l'incapacità naturale e i vizi della volontà del contraente determinerebbero una mancanza di libertà di autodeterminarsi e, quindi, una situazione di debolezza contrattuale. Cf. anche ID., *Sulla "ratio" degli artt. 1447, 1448, 1438, 428, 2° comma, del codice civile. Studio dell'approfitamento nel contratto*, Padova, 1974, *passim*, nel quale si afferma che le disposizioni in materia di rescissione, così come altre norme del codice civile, non mirano solo a tutelare la parte considerata come contrattualmente più debole, ma anche a sanzionare l'abuso che la controparte fa dello stato di minorazione del volere della controparte, il cui fondamento potrebbe individuarsi nel principio costituzionale di solidarietà sociale.

⁴⁹ A riguardo V. ROPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: geni e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., sostiene che il codice considera rilevante lo squilibrio contrattuale solo in ipotesi di « patologia sociale », e cioè quando esso trovi causa non in una libera scelta del contraente ma nella sua incapacità naturale o nella sua eccezionale situazione di bisogno o di necessità.

segnalare un'altra particolarità. Il legislatore, agli artt. 1450 e 1467, utilizza l'equità esclusivamente come criterio di condotta per il contraente che, al fine di evitare la rescissione o la risoluzione, e dunque le conseguenze giuridiche dello squilibrio contrattuale, è, per l'appunto, tenuto a modificare le condizioni del contratto in modo da contemperare « equamente » gli interessi delle parti. Al contrario, il medesimo legislatore, laddove — in materia di errore — ritiene che una effettiva volontà negoziale, se pure non correttamente formata o riversata nel contratto, in teoria sia ravvisabile, consente alla parte interessata alla conservazione del contratto (e, dunque, desiderosa di resistere all'altro richiesta giudiziale di annullamento) di offrire alla controparte « di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere » (v. l'art. 1432 c.c.), e non già di eseguirlo secondo equità.

Il confronto tra le disposizioni da ultimo richiamate sembra confermare che il codice, allorché una volontà negoziale sia effettivamente individuabile, rifugge da ogni tentazione di consentire interventi giudiziali sull'equilibrio delle prestazioni dedotte in contratto finalizzati a garantirne l'equità, volendo piuttosto premurarsi, quando necessario, esclusivamente di assicurare la concreta realizzazione dell'equilibrio voluto dalle parti, o che queste avrebbero voluto in mancanza di elementi di disturbo.⁵⁰

In definitiva, giova ribadirlo, scorrendo le disposizioni del codice civile sembra che il legislatore abbia generalmente inteso consentire interventi giudiziali sul contenuto, ed in specie sull'equilibrio, del contratto solo in via eccezionale e sempre in relazione ad ipotesi in cui non può (per ragioni oggettive e non soggettive) ritenersi che il contraente vessato dallo squilibrio negoziale in realtà abbia accettato la situazione in quanto, comunque, interessato a concludere il contratto, ri-

⁵⁰ Un discorso analogo potrebbe farsi circa l'art. 1424 c.c., ai sensi del quale, « il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso [...] qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità ». Anche qui, infatti, piuttosto che consentire al giudice una valutazione in termini di equità, pure in astratto possibile, il legislatore raccomanda all'interprete di considerare il solo « scopo perseguito dalle parti ».

tenendolo in definitiva (almeno *ab origine*) tutto sommato per lui vantaggioso⁵¹.

Inoltre, come si è appena notato, nei casi eccezionali in cui il legislatore consente al giudice di sindacare l'equilibrio delle prestazioni, solo raramente impone la riconduzione dello stesso ad equità come tecnica di salvataggio degli effetti giuridici del contratto, preferendo invece, ogni qual volta sia possibile ipotizzare l'adesione volontaria (se pure viziata) del contraente danneggiato, che il contratto sia ricondotto all'equilibrio che quest'ultimo aveva considerato al momento in cui ha manifestato la sua volontà negoziale.

L'elenco degli indici normativi che confermano quanto appena cenato è lungo. Ad esempio, considerazioni a riguardo potrebbero svolgersi relativamente alle condizioni generali di contratto tipicamente individuate, dall'art. 1341, comma 2°, c.c., come « vessatorie », in quanto idonee a realizzare un significativo squilibrio contrattuale a fa-

⁵¹ Già il codice italiano del 1865, ispirato alla medesima filosofia liberistica connotante i sistemi europei ottocenteschi dell'area occidentale, esprimeva l'idea dell'equilibrata formale dei contratti, portato dell'individualismo e della politica del *laissez faire*. La migliore dottrina che, dopo il 1942, commentò il passaggio dal vecchio al nuovo codice, tuttavia, continuò ad affermare il carattere eccezionale di ogni intervento esterno sul contratto in quanto questo doveva continuare ad essere espressione della sola libertà individuale. Tra gli altri, v. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, spec. p. XXVIII. A modificare, ma solo parzialmente e di riflesso la situazione, come noto, arrivò nel 1948 la Costituzione con la funzionalizzazione dell'attività economica all'utilità sociale, sebbene i civilisti si accorsero della novità solo alcuni decenni più avanti. Sull'evoluzione che il concetto di autonomia privata ha avuto negli scorsi decenni nel nostro ordinamento cfr., *ex ceteris*, La-ghini, *op. cit.*, *passim*; nonché A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 89; e Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 314; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, p. 170; M. GIORGIANNI, *Volontà*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1043; L. FRANZESE, *Contratto negoziato e lex mercatoria tra autonomia e eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 771; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998, p. 11; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, *passim*; G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, p. 43; e A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 327.

vore della parte che riesce ad imporle all'altra⁵². E tali considerazioni sarebbero volute a sottolineare come il legislatore abbia preferito indicare una per una le condizioni generali da considerare vessatorie, piuttosto che lasciare il compito all'interprete, ed inoltre come la legge, invece che sanzionare l'invalidità di tali clausole, si finì di ricondurre ad equità il contratto, nel pieno rispetto dell'autonomia privata si limiti ad imporre un meccanismo, per altro piuttosto banale e (a conti fatti) poco efficace, finalizzato ad assicurare, sul mero piano formale, la conoscenza — *rectius*, conoscibilità rafforzata — delle clausole potenzialmente inique⁵³. In ultimo potrebbe ulteriormente osservarsi come la disposizione in parola opera solo quando il contratto è da considerarsi

⁵² Molto vasta è la letteratura in argomento. *Ex multis*, si segnalano V. Roppo, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975. In giurisprudenza, tra le sentenze più interessanti, v. Cass., 14 aprile 1999 n. 3669, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1789, dove la nota di PICCARDI, secondo la quale « La predisposizione dell'intero testo contrattuale con clausole uniformi per una pluralità considerevole di rapporti ad opera della parte dominante integra gli estremi della fattispecie disciplinata dall'art. 1342 c.c. dal quale si richiede, per rinvio recettizio al comma 2 dell'art. 1341 c.c., la specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie ».

⁵³ Giova ricordare che, secondo autorevole dottrina, l'art. 1341 c.c. nega effetti giuridici ad un patto, a priori considerato vessatorio dal legislatore, quando non appositamente sottoscritto dall'aderente, in quanto in tal caso l'autoregolamento dei privati si è realizzato e strutturato in concreto « nella realtà pregiudica » secondo uno schema procedimentale non « rispondente ai criteri stabiliti dall'ordine qualificante », la qual cosa « determina una reazione negativa consistente nella negazione degli effetti cui l'atto di privata autonomia tendeva e, quindi, nella incapacità di questo, o di una sua parte, a divenire realtà operante nel campo del diritto ». In definitiva, dalla mancata sottoscrizione deriverebbe l'inefficacia della clausola vessatoria in quanto questa non sarebbe proprio configurabile come inserita nel negozio, e ciò perché « oggetto della valutazione non è il regolamento di interessi realizzato dalle parti » ma l'inadeguatezza dell'atto « da questi utilizzato per porre quel regolamento ». Così Nuzzo, *o.c.*, spec. p. 116 e 117. Ma per considerazioni analoghe, v. anche D. BARBERO, *Sull'approvazione per iscritto delle c.d. clausole vessatorie*, in *Foro pad.*, 1952, I, c. 456, nonché R. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto per adesione e l'art. 1341 c.c.*, in *Banca, borsa ecc.*, 1954, p. 789, che vede nella specifica sottoscrizione di cui all'art. 1341 un requisito per la formazione dell'accordo negoziale e, coerentemente con la sua teoria dell'inesistenza ed inefficacia del negozio giuridico, conclude per l'inesistenza delle clausole vessatorie non espressamente sottoscritte.

« per adesione », e quindi standard, e non anche quando risulta che le parti lo abbiano tra loro reso oggetto di apposita trattativa⁵⁴.

In questa prospettiva un cenno merita senz'altro anche l'art. 1374 c.c., ai sensi del quale — come noto — « 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 »⁵⁵. Torna, nella disposizione in esame, il riferimento espresso alla « equità », ma qui utilizzata come fonte di integrazione del contratto e non come criterio di adeguamento del contenuto dello stesso⁵⁶. E si tratta di un riferimento, in questo caso, particolarmente importante perché destinato ad operare — al contrario di quanto si è detto per l'equità/criterio di adeguamento — in via generale, giacché la

⁵⁴ Cfr. Cass., 1° dicembre 2000, n. 15385, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 2530, secondo la quale: « Un contratto è qualificabile "per adesione" secondo il disposto dell'art. 1341 c.c. — e come tale soggetto, per l'efficacia delle clausole cosiddette vessatorie, alla specifica approvazione per iscritto — solo quando, in relazione ai singoli patti, risulti predisposto unilateralmente da un contraente in base a moduli o formulari cui l'altra parte abbia aderito. Ne consegue che tale ipotesi non ricorre quando risulta che il negozio è stato concluso mediante trattative intercorse tra le parti ». Nella specie la Suprema Corte, confermando la sentenza impugnata, ha ritenuto l'operatività della clausola di deroga convenzionale del foro ancorché non specificamente sottoscritta essendo stato accertato che le clausole del contratto di fornitura nel quale essa era stata inserita erano state trattate tra le parti, tanto è vero che nello stesso testo del contratto si era fatto riferimento a « condizioni discusse » tra i contraenti.

In proposito, osserva A. CATAUDELLA, *I contratti, parte generale*, Torino, 2000, in particolare p. 260, che tendenzialmente per l'ordinamento è indifferente che l'assetto dei contratti di scambio sia equilibrato. Il richiamo fatto dall'art. 1374 c.c. non deve, infatti, indurre a ritenere che sia ammesso alcun sindacato in termini di giustizia dello scambio sul regolamento raggiunto, in quanto esso rappresenta semplicemente un parametro residuale a cui ricorrere in via interpretativa per contemperare i differenti interessi.

⁵⁶ Altre norme del codice civile utilizzano l'equità come fonte di integrazione del contratto. Ad esempio, in materia di lavoro, ed in particolare di dimissioni, l'art. 2118 stabilisce che ciascuno dei contraenti possa recedere dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato dando il preavviso nel termine stabilito dagli usi o secondo equità. Inoltre, nei casi di infortunio, malattia, gravidanza o puerperio, l'art. 2110 c.c. prevede, laddove la legge non stabilisca forme equivalenti di previdenza o di assistenza, che al prestatore di lavoro sia dovuta la retribuzione o un'indennità, nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dagli usi o secondo equità.

disposizione in questione pone senz'altro un principio applicabile a tutti i contratti. In forza di tale principio, laddove l'autonomia privata e la legge lascino, nel caso concreto, situazioni o problematiche non regolamentate dal contratto, questi ultimi obbligherà le parti anche oltre quanto tra loro concordato, e ciò secondo gli usi e l'equità⁵⁷.

Altra disposizione significativa in argomento è costituita dall'art. 1349 c.c., ai sensi del quale, per quanto qui rileva: « se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento »; tuttavia se la determinazione del terzo « è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice »; mentre « la determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua malafede »⁵⁸. Il legislatore, dunque, ha senz'altro riconosciuto ai contraenti la possibilità di rimettere la determinazione della prestazione dedotta in contratto al mero arbitrio del terzo, ed in questo caso, a prescindere da ogni eventuale errore o iniquità del terzo arbitratore, la sua determinazione è impugnabile solo provandone la malafede. Viceversa, quando i contraenti abbiano preferito non rimettersi al mero arbitrio del terzo, l'impugnazione della determinazione è consentita solo quando essa sia « manifestamente iniqua o erronea » – e, quindi, non in ogni caso di

⁵⁷ La problematica dell'integrazione del contratto, con particolare riguardo al ruolo che l'equità svolge in tale contesto, si rivela complessa. Nell'impossibilità di trattarla adeguatamente nel testo, si rinvia, tra i lavori più recenti, a R. CALVO, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010; e C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Milano, 2010; ma v. anche S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004; F.M. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; e F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Riv. dell'arbitr.*, 1999, p. 67.

⁵⁸ Significativa, nella prospettiva indagata nel testo, appare anche l'esortazione rivolta al terzo arbitratore dal comma 3 dell'art. 1349, laddove si stabilisce che: « Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento ». Dunque, l'eventuale valutazione del giudice circa la manifesta iniquità o erroneità non può che svolgersi anche in relazione a tale parametro di riferimento.

iniquità – con ciò facendo salve le determinazioni non eque, e finanziarie, e dunque senz'altro dannose per un contraente, quando non inficiate in modo manifesto⁵⁹.

Un ulteriore argomento interessante nell'ambito della riflessione che si sta compiendo è fornito dagli artt. 113 e 114 c.p.c., il cui combinato disposto prevede che la nota regola generale, secondo cui il giudice deve applicare le norme di diritto sostanziale al fine di definire la causa, può essere derogata nei casi previsti dalla legge, in modo tale da consentire la decisione secondo equità⁶⁰. I casi in questione sono due: il primo riguarda i giudizi svolti dinanzi al giudice di pace ed aventi esiguo valore economico (non superiore a 1.100 euro), sempre che non si tratti di controversie seriali (art. 113); il secondo riguarda le controversie vertenti su diritti disponibili delle parti, nelle quali queste ultime facciano concorde richiesta al giudice di decidere secondo equità (art. 114). Senza poter in questa sede indagare sul significato peculiare della locuzione « decisione secondo equità », rispetto a quanto sopra osservato circa le altre accezioni del riferimento legislativo all'equità, e prescindendo da tale circostanza, giova osservare come anche il codice di rito riveli una significativa prudenza rispetto al tema, consentendo l'intervento equitativo del giudice solo per cause di scarso valore oppure se l'autonomia privata dei contendenti lo abbia espressamente richiesto⁶¹.

Il dato che si ricava dalle vicende esemplificative appena richiamate è di grande rilevanza teorica e pratica: il tema dell'equilibrio (o equità, se il paradigma di riferimento non è la volontà delle parti ma un

⁵⁹ Per una recente opera in proposito, oltre che per la dottrina e la giurisprudenza ivi richiamate, v. C.D. MALAGNINO, *Il terzo arbitratore nell'integrazione del negozio giuridico*, Milano, 2010.

⁶⁰ Per gli opportuni approfondimenti, cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, I principi generali*, Milano, 2009, nonché CALVO, *o.c.*, spec. p. 53.

⁶¹ Analoga prudenza, tornando al codice civile, sembra aver ispirato l'art. 1226, liquidato dal giudice con valutazione equitativa ». Qui, infatti, la legge non consente al giudice di operare con valutazione equitativa al fine di stabilire se un danno c'è o meno, ma esclusivamente per, una volta accertata l'esistenza del danno, quantificarne la portata e procedere alla relativa liquidazione.

equilibrio, a prescindere da questa, ritenuto giusto) contrattuale è tutt'altro che sconosciuto al nostro codice civile, ma nella gerarchia dei principi a cui l'ordinamento privatistico dà attuazione attraverso le proprie regole, l'autonomia negoziale è considerata, almeno nell'ambito della disciplina generale del contratto⁶², principio di valore assoluto, formante l'intero sistema, e, dunque, suscettibile di imitazione o correzione solo in casi eccezionali⁶³.

⁶² Per la verità, anche nell'ambito della disciplina speciale dei contratti il codice civile sembra orientarsi ai medesimi principi, sebbene in questa sede, per ovvie ragioni, non sia possibile svolgere una puntuale analisi a riguardo. In proposito, a titolo meramente esemplificativo, è possibile richiamare, tra gli altri, l'art. 1818 c.c., secondo cui: « *Se sono state mutate cose diverse dal danaro, e la restituzione è divenuta impossibile o notevolmente difficile per causa non imputabile al debitore, questi è tenuto a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo e al luogo in cui la restituzione si doveva eseguire* ». Questa disposizione, con tutta evidenza, impone, riguardo al rapporto di mutuo, un criterio di gestione del rischio di inadempimento e del rischio di sopravvenuta onerosità della prestazione, orientato ad evitare che gli effetti del contratto risultino, nei due casi patologici presi in considerazione, notevolmente diversi da quelli che le parti avevano considerato al momento della conclusione del negozio. E dunque, tanto nel caso di prestazione divenuta impossibile, quanto nel caso di prestazione divenuta notevolmente difficile, e sempre che la circostanza non sia « *imputabile* » (neanche a titolo di colpa) al debitore, quest'ultimo è tenuto a pagare il valore « *avuto riguardo al tempo e al luogo in cui la restituzione si doveva eseguire* ». La previsione, sul piano pratico, sembra operare a vantaggio del creditore rispetto alla prima circostanza, in quanto applicando l'art. 1256 c.c. in caso di impossibilità sopravvenuta il debitore sarebbe liberato dall'obbligazione restitutoria, ed a vantaggio del debitore rispetto alla seconda circostanza giacché, se trovasse applicazione al caso di specie l'art. 1467 c.c., egli, se non in grado di dimostrare che la notevole difficoltà (o eccessiva onerosità) sia dipesa da « *avvenimenti straordinari ed imprevedibili* », sarebbe tenuto a risarcire il danno per intero (salvo il disposto dell'art. 1225 c.c., su cui *infra* nel testo), mentre ai sensi dell'art. 1818 egli risponde solo nei limiti del valore che la cosa oggetto di mutuo avrebbe avuto con « *riguardo al tempo e al luogo in cui la restituzione si doveva eseguire* ». A ben vedere, piuttosto che tutelare l'una o l'altra parte contrattuale, il codice, nella disposizione in esame, sembra voler salvaguardare l'equilibrio del rapporto per come le parti lo avevano tra loro concordato, così assicurando le stesse rispetto alla possibilità di essere esposte ad un rischio contrattuale che, al momento della conclusione dell'accordo, esse non sono in grado di valutare.

⁶³ Ulteriore conferma di quanto affermato viene dall'art. 1371 c.c., a tenore del quale, se all'esito del processo ermeneutico condotto in applicazione degli art.

A ciò deve aggiungersi un dato ulteriore, che risulta da quanto evidenziato in precedenza ma ancora meglio da quanto si vedrà nel prossimo paragrafo: in tema di equilibrio contrattuale, piuttosto che rispetto al contenuto del contratto il legislatore ha preferito intervenire sulle conseguenze dannose eventualmente derivanti dal contratto, *reclus* dal suo inadempimento. E ciò in coerenza con quanto sopra osservato circa la funzione del contratto e, più in generale, del diritto dei contratti, e circa lo spirito che anima il sistema privatistico italiano.

8. L'art. 1225: paradigma dell'approccio codicistico al tema dell'equilibrio del rapporto tra debitore e creditore nell'ottica dell'efficiente gestione del rischio

All'elenco delle disposizioni del codice civile di cui al precedente paragrafo può senz'altro aggiungersi l'art. 1225, che costituisce uno snodo fondamentale dell'apparato disciplinare approntato dal legislatore per gestire il problema della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni. Appurato, quest'ultimo, la cui organizzazione ed i cui contenuti esprimono in modo evidente l'attenzione per il tema dell'equilibrio del rapporto tra le parti, che deve essere tendenzialmente preservato anche a seguito della realizzazione dell'inadempimento.

Come anticipato in chiusura del precedente paragrafo, in tema di equilibrio contrattuale il legislatore codicistico sembra aver preferito intervenire sulle conseguenze dannose eventualmente derivanti dall'inadempimento, piuttosto che sul contenuto del contratto stesso. E ciò al fine di tutelare al meglio l'autonomia privata, e dunque il potere

1362-1371 c.c., « il contratto rimanga oscuro », l'interprete deve intenderlo « nel senso meno gravoso per l'obligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizza l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso ». La disposizione in parola consente di apprezzare come anche la disciplina dell'interpretazione del contratto è formulata *si* da imporre all'interprete di indagare, in forza di diversi e vari criteri, la « comune intenzione delle parti », salvo consentirgli, ma solo in subordine, e cioè in ipotesi di fallimento dell'attività interpretativa, e solo per il caso del contratto oneroso, di funzionalizzare la propria attività all'equo contemperamento degli interessi delle parti stesse.

delle parti di auto-determinare di comune intesa tale contenuto, senza tuttavia rinunciare a tutelare gli interessi di cui le stesse sono titolari, e che risultano meritevoli di tutela, e finanche l'interesse pubblico a che obbligazioni ed obblighi, in particolare quelli « derivanti da norme di ordine pubblico » (cfr. art. 1229 c.c.), siano rispettati.

In questa prospettiva si spiega la logica di fondo che si ricava dalla lettura degli artt. 1218-1229, e cioè del capo III del Titolo primo del Libro quarto del codice civile; capo, come noto, dedicato, per l'appunto, all'inadempimento delle obbligazioni.

Già l'art. 1218, infatti, stabilisce che « il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile ». Nella disposizione per ben due volte si richiamano i concetti di diligenza e correttezza, e dunque si evoca la clausola generale di buona fede che presidia il rapporto tra le parti del contratto e sulla quale si svolgeranno alcune considerazioni nell'ultimo paragrafo di questo lavoro. La prima quando si rimarca (ancora una volta, dopo l'espressa affermazione in tal senso degli artt. 1175 e 1176) che la prestazione dovuta deve essere eseguita « esattamente ». La seconda quando si prevede che il debitore non risponde in termini risarcitori dei danni causati dall'inadempimento se questo « è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile »⁶⁴. Il riferimento, se pure inespresso, alla clausola generale in parola consente di apprezzare come il legislatore sia consapevole dell'esigenza di consentire al giudice, in fase di valutazione degli effetti patologici del contratto, di godere di quella discrezionalità necessaria a fungere da strumento di contenimento dei diversi interessi in gioco. Dunque, la stessa discrezionalità che — come visto nel precedente paragrafo — il codice non sembra aver voluto lasciare all'interprete relativamente al controllo dell'equilibrio del contenuto del contratto, se non in

casi eccezionali, viene recuperata sul piano generale, ma entro limiti ben precisi fissati dalla legge, in funzione della gestione dell'inadempimento delle obbligazioni.

Ad analoghe considerazioni si prestano gli artt. 1219-1222 e l'art. 1224 in materia di mora e di interessi, così come: l'art. 1226 che consente espressamente al giudice « se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare » di liquidarlo « con valutazione equitativa »; l'art. 1227, a tenore del quale « Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza »; e gli artt. 1228 e 1229, il cui combinato disposto prevede che le parti possano convenzionalmente stabilire delle clausole di esonero o limitazione della responsabilità del debitore, ma che le stesse sono nulle se riguardano responsabilità « per dolo o per colpa grave » o « casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico ».

In tale articolato e composito quadro normativo, la cui analisi in questa sede non è dato approfondire, si colloca l'art. 1225, rubricato « Prevedibilità del danno », il cui testo, composto da un unico comma, stabilisce che « se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione ». Disposizione, come si vedrà subito appresso, di notevole valenza pratica e teorica, che appare, tuttavia, essere stata a lungo, e per molti versi ancora oggi, sottovalutata dalla nostra dottrina⁶⁵, così come poco applicata dalla giurisprudenza⁶⁶, malgrado alcune recenti pronunce, anche delle magistra-

⁶⁴ Già G. VALCAVI, *Sulla prevedibilità del danno da inadempimento colposo contrattuale*, in *Foro it.*, 1990 I, c. 1946, osservava come l'art. 1225 c.c. costituisse una norma da sempre «emarginata e nella migliore delle ipotesi intesa in senso assolutamente restrittivo, come testimonia [...] l'opinione che restringe la prevedibilità alla causa od alla serie causale ed esclude dal suo ambito il quanto di danno». Cfr. ID., *La prevedibilità del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 144.

⁶⁵ G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, spec. p. 702, sottolinea come l'art. 1225 c.c. sia stato poco utilizzato dalla giurisprudenza,

⁶⁴ Sul tema specifico, per una approfondita analisi ed ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, v. L. CABELLA PISU, *La causa non imputabile*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Milano, 2009, p. 229.

ture superiori, consentano di nutrire un qualche moderato ottimismo circa la sua riscoperta e valorizzazione⁶⁷.

La disposizione in parola, giova sottolinearlo subito, al contrario degli artt. 1223, 1226 e 1227, espressamente richiamati nell'art. 2056 c.c., non opera in materia di responsabilità extraccontrattuale⁶⁸. La circostanza si giustifica ed è tutt'uno con la ratio ispiratrice della norma: la limitazione della responsabilità risarcitoria nella misura del danno prevedibile ha il senso precipuo di non esporre il debitore ad una obbligazione risarcitoria più onerosa rispetto al valore del possibile danno che egli aveva previsto, *rectius* avrebbe potuto prevedere, di arrecare (in ragione dell'inadempimento) « al tempo in cui è sorta l'obbligazione » o, secondo una diversa interpretazione (che, tuttavia, pare violare il senso inequivoco espresso dalla lettera della disposizione⁶⁹), al momento in cui egli avrebbe dovuto adempiere⁷⁰.

mentre il criterio della prevedibilità risulta ampiamente praticato nel *common law* inglese a partire dal *leading case* Hadley v. Baxendale del 1854. Su tal ultimo argomento, v. anche H.M. WHINCUP, *Risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale nel diritto inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 111.

⁶⁷ V. Cons. Stato, 23 marzo 2009, n. 176, in *Foro amm. - CDS*, 2009, 3, 830, a tenore della quale « la responsabilità della Pubblica Amministrazione per obbligazioni inerenti ad un rapporto di pubblico impiego rimaste inadempite ha natura contrattuale, con conseguente applicazione dell'art. 1225 c.c., secondo cui, in difetto di dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione », senza tuttavia che nella sentenza il tema risulti oggetto di approfondimento; Trib. di Bologna, 5 febbraio 2008, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 410; Cass., 15 maggio 2007, n. 11189, in *Corr. giur.*, 2008, p. 707, secondo la quale ai sensi dell'art. 1225 « l'imprevedibilità non costituisce un limite all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare; essa determina la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, ma avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente ad una categoria di rapporti, secondo le regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici e, cioè, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute », nonché Cass., 17 marzo 2000 n. 3102, in *Arch. civ.*, 2001, I, p. 134.

⁶⁸ In proposito, v. C. TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extraccontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 93.

⁶⁹ La tesi per cui la prevedibilità andrebbe indagata non relativamente « al tempo in cui è sorta l'obbligazione », ma « al tempo in cui il debitore, dovendo dare esecuzione alla prestazione [...] è in grado di apprezzare più compiutamente e quindi di

prevedere il pregiudizio che il creditore può subire per effetto del suo comportamento inadempiente » (cfr. la nota che segue), oltre che essere in contrasto con l'inequivoco tenore letterale dell'art. 1225, appare inefficiente sul piano giuridico-economico. Nell'impossibilità di approfondire la tematica in questa sede, ci si limita a notare che, non a caso, l'art. 74 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, nel riprodurre la limitazione di responsabilità basata sul concetto di prevedibilità del danno, fa espresso riferimento solo « al tempo della conclusione del contratto ». Nel commentare tale disposizione V. KNAPP, in *Commentary on the International sales of Goods*, a cura di C.M. Bianca e M.J. Bonell, Milano, 1987, spec. p. 542, spiegandone la ratio, osserva che l'inadempiente non è responsabile per i danni che non avrebbe potuto prevedere all'epoca della conclusione del contratto ma che diventano prevedibili successivamente, ad esempio « at the moment of the breach of contract ». Nella letteratura italiana, cfr. V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, spec. p. 96, il quale sottolinea che « il legislatore ha ritenuto di dare massima considerazione, nel determinare le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligazione, al momento della conclusione del contratto » in quanto, essendo le norme in materia di inadempimento supplementive rispetto alla volontà privata, « l'attenzione del legislatore è rivolta al momento costitutivo dell'obbligazione, poiché quello è il tempo in cui le parti dettarono la disciplina del loro rapporto e, dunque, il momento rilevante al fine di interpretare la loro comune intenzione ».

⁷⁰ Secondo la giurisprudenza più recente « la prevedibilità del danno risarcibile deve essere valutata con riferimento non al momento in cui è sorto il rapporto obbligatorio ma a quello in cui il debitore, dovendo dare esecuzione alla prestazione e, potendo scegliere fra adempimento e inadempimento, è in grado di apprezzare più compiutamente e quindi di prevedere il pregiudizio che il creditore può subire per effetto del suo comportamento inadempiente ». Così Cass., 30 gennaio 2007, n. 1956, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1127 (con nota di F. MAIOLÒ, *Prevedibilità e danno risarcibile*), nonché in *Corr. giur.*, 2008, p. 1147 (con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Inadempimento del preliminare e prevedibilità del danno*). In dottrina, in tal senso C.M. Bianca, *Diritto civile*, V., *La responsabilità*, Milano, 1994, spec. p. 158; nonché ID., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja e Branca*, artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 1991, spec. p. 380-381; e D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, spec. p. 68. *Contra*, tuttavia, tra le altre, Cass., 22 maggio 2003, n. 16091, in *Danno e resp.*, 2004, p. 855 (con commento di I. MANZAI); Cass., 14 novembre 1989, n. 4814, in *Foro it.*, 1991, I, c. 250; Cass., 20 agosto 1987, n. 697, in *Arch. civ.*, 1988, p. 25; e Cass., 14 gennaio 1986, n. 164, in *Giur. it.*, 1987, I, 304. *Contra* anche la dottrina prevalente. V., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, D. SANTOLINI, *Inadempimento e risarcimento del danno prevedibile ex art. 1225 c.c.*, in *I contratti*, 2007, p. 1023.

In altre parole, con il principio espresso dall'art. 1225 il legislatore ha inteso contemperare in modo equo l'interesse del creditore al riscontro integrale del danno subito e quello del debitore a non trovarsi, in caso di inadempimento, a dover far fronte ad un'obbligazione risarcitoria per lui eccessivamente onerosa rispetto al previsto, o meglio al prevedibile.⁷¹

La tecnica scelta per risolvere il potenziale conflitto tra i due cenati interessi contrapposti tiene evidentemente ben presente un altro fondamentale aspetto della questione. L'esposizione del debitore ad un rischio risarcitorio che esorbita dalla sua sfera di prevedibilità (tanto che per valutare tale aspetto si guardi al momento dell'assunzione dell'obbligazione, quanto che, nell'interpretazione a cui sopra si è fatto cenno in senso critico, si guardi al momento in cui il debitore doveva adempiere) rende inefficiente il contratto come strumento di gestione dei rischi connessi all'operazione economica sottostante. Ed infatti, temendo che in ragione del contratto saranno esposte al rischio di dover risarcire alla controparte qualsiasi danno, anche non prevedibile, eventualmente provocato dal proprio inadempimento, le parti addiveranno alla stipula con molta maggiore reciproca paura e diffidenza, dunque i costi transattivi cresceranno notevolmente e con buona probabilità aumenterà il cortispettivo della prestazione oggetto dell'obbligazione a rischio inadempimento.⁷² Inoltre, in numerosi casi il con-

⁷¹ Sembra evidenziare questa funzione dell'art. 1225, D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, I ed., Torino, 1947, nuova ed., Torino 1993, spec. p. 617. Secondo P. TRIMARCHI, *Causalità giuridica e danno*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 3, la norma andrebbe letta ed inquadrata nell'ottica di un adeguamento del peso della responsabilità economica alla gravità dell'inadempimento. Secondo C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., spec. p. 373, nonché ID., *Diritto civile*, V, cit., spec. p. 154, il fondamento del criterio della prevedibilità, di cui all'art. 1225, deve essere ricercato nell'idea che il vincolo obbligatorio importa l'assunzione di un sacrificio economico nei limiti della normalità. Cfr. anche M. DELL'UTRI, *Inadempimento colposo del contratto e prevedibilità del danno*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1965.

⁷² V. DI GRAVIO, *o.c.*, spec. p. 46, sottolineando come il contratto ricomprenda al suo interno il rischio inadempimento di talché le parti utilizzano l'accordo negoziale per gestire anche tale aspetto del rapporto, afferma testualmente che « le conseguenze dell'inadempimento sono implicite e presenti, in *nuce*, *ab origine*, nella stessa

traente, a maggior ragione in quanto professionista, preferirà non partecipare ad un'operazione economica il cui rischio egli non è in grado di controllare (e quindi internalizzare⁷³) e, dunque, suo malgrado, rinuncerà a stipulare il contratto. Viceversa, i privati tanto più utilizzeranno il contratto quanto più riterranno che questo, salvo casi eccezionali, è effettivamente in grado di regolare in modo tendenzialmente completo il loro rapporto, mettendoli al riparo — come visto nei precedenti paragrafi — dal rischio di interventi esterni invasivi della loro autonomia privata.⁷⁴

La non operatività dell'art. 1225 in ambito aquiliano si giustifica, perciò, in ragione del fatto che in tal ultimo contesto il responsabile dell'obbligazione risarcitoria, che sia o meno l'autore dell'illecito, non è in condizione, *ex ante*, cioè al momento in cui l'illecito viene commesso, di valutare se ed in che misura esso provocherà un danno del quale sarà chiamato a rispondere, vuoi perché non conosce il danneggiato, vuoi perché non è consapevole di commettere un illecito o comunque un atto che potrebbe causare danno ad altri, ovvero per altre varie ragioni⁷⁵. In buona sostanza egli, diflettando un rapporto giuridico

obbligazione e debbono dunque considerarsi come una caratteristica propria di quella » ed inoltre che, così come avviene quando le parti inseriscono nel contratto una clausola penale, il danno da inadempimento, anche quando debba essere quantificato nella misura prevista dall'art. 1225, è parte « del complessivo equilibrio sinallagmatico del contratto ».

⁷³ In tema di gestione dei costi d'impresa derivanti da ipotesi di responsabilità extracontrattuale e della loro internalizzazione sia consentito rinviare, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi indicati, a F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, spec. i capitoli II e III.

⁷⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, 1955, ma ripubblicato nel 2004, spec. p. 2193, spiega l'art. 1150 del *Code Napoléon* osservando che la concreta misura dell'interesse di cui il creditore è stato effettivamente privato non è risarcibile, quando risulta imprevedibile, perché essa non è entrata nella perimetro contrattuale e, dunque, il debitore non ne deve rispondere. P. Trimarchi, *o.c.*, spec. p. 5, precisa che l'art. 1225 esprime il principio per cui chi assume un impegno deve assicurare uno sforzo per assicurare il risultato promesso, il quale è commisurato all'importanza dell'impegno preso, sicché l'eventuale inadempimento della promessa non può esporre il debitore oltre la misura prevista, salvo il suo dolo.

⁷⁵ Per la distinzione tra « prevedibilità applicata al rapporto di causalità giuridica tra eventi materiali », « prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c. » e « prevedibilità posta

co precostituito tra lui ed il creditore, non matura mai, al contrario di quanto accade al debitore di un'obbligazione anche non contrattuale, un affidamento circa i rischi connessi alla sua attività potenzialmente dannosa, né compie, al principio della catena causale che determina il pregiudizio in capo al terzo, un atto giuridico pienamente legittimo nell'esercizio della propria autonomia privata, bensì realizza esclusivamente un atto che, per qualche motivo, risulta illecito, quindi senz'altro non gradito all'ordinamento giuridico. Per queste ragioni, sul versante extraccontrattuale, la legge non si pone il problema di salvaguardare affidamenti o di assicurare i soggetti agenti.

A completamento del discorso viene l'osservazione per cui – e qui, una volta ancora, il legislatore del 1942 mostra piena consapevolezza di tutti i problemi sul tavolo – una eventuale limitazione del danno risarcibile in ambito extraccontrattuale, basata sulla prevedibilità o anche sul c.d. « grado della colpa »⁷⁶, potrebbe tradursi, in termini giuridici ed economici, in un significativo aumento dei costi sociali derivanti dai sinistri⁷⁷, in quanto il potenziale autore di un illecito, confidando in tale limitazione, potrebbe essere indotto a porre in essere una condotta poco prudente perché, ad esempio, sottovaluta il rischio di provocare danni ingenti ad un terzo ovvero perché sopravvaluta la propria abilità⁷⁸. Né ciò che si perde in termini di deterrenza qui si recupera in

a base del giudizio di colpa », v. Trib. di Milano, 31 gennaio 2007, n. 1168, in *Giustizia a Milano*, 2007, I, p. 5.

⁷⁶ La giurisprudenza spiega il mancato richiamo dell'art. 1225 in ambito extraccontrattuale esclusivamente affermando che il legislatore non ha voluto dare rilievo in tale contesto al c.d. « grado della colpa » del soggetto agente. Cfr. Cass., 30 marzo 2005 n. 6725, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Responsabilità civile*, n. 207.

⁷⁷ In tema di prevedibilità dei danni, gestione del rischio, costo sociale dei sinistri e criteri di imputazione della responsabilità aquiliana, sia consentito rinviare, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi citati, a DI CIOMMO, *o.c.*, ancora spec. i capitoli II e III.

⁷⁸ Emblematico in questo contesto appare l'esempio del guidatore distratto che, guidando la sua autovettura su un sentiero di campagna, investe il tennista nr. 2 della classifica mondiale ATP, che si trova in quei luoghi perché appassionato di funghi, e gli cagiona ingenti danni proprio al braccio con cui il malcapitato normalmente filmina gli avversari munito di racchetta. Se l'art. 1225 operasse anche in ambito extraccontrattuale, il nostro guidatore distratto potrebbe tentare di eccepire, al fine di

termini di incentivazione di un'attività privata potenzialmente produttrice di ricchezza. Ed infatti, anche sul versante contrattuale l'operatività della limitazione in parola potrebbe comportare, in una qualche misura, un depotenziamento dell'efficacia deterrente dell'obbligo risarcitorio, ma in questo contesto tale possibile ricaduta pratica, derivante dall'applicazione dell'art. 1225, è destinata ad essere compensata e superata, sul piano giuridico-economico, dal valore dell'incentivo a contrarre ed a negoziare in modo efficiente i contenuti dell'accordo. Incentivo, come sopra visto, determinato nei potenziali contraenti dalla rimozione, o quanto meno dalla riduzione, del rischio di concludere un contratto le cui ricadute economiche sfuggono a qualsiasi possibile loro previsione.

Si potrebbe obiettare che una siffatta impostazione del problema non tiene in debito conto una circostanza determinante: il rischio che l'inadempimento contrattuale produca un danno superiore al prevedibile non incombe solo sul debitore, ma anche sul creditore, mentre la soluzione offerta dall'art. 1225 pare penalizzare eccessivamente quest'ultimo. Tale obiezione, tuttavia, non sembra destinata a cogliere nel segno. Ed infatti, obiettivo del legislatore non è quello di garantire *a posteriori*, cioè una volta emerso l'inadempimento, che il rischio in parola, definitivamente concretizzato, sia magicamente neutralizzato o trattato secondo logiche di equità salomonica o comunque asseritamente etica. L'unico obiettivo che il legislatore mostra di avere nella circostanza – in linea con quanto detto nei precedenti paragrafi – è quello di garantire che l'equilibrio che creditore e debitore si sono rappresentati al momento in cui l'obbligazione è sorta (o, alternativamente, doveva essere adempiuta), sia mantenuto anche in caso di inadempimento. In questo senso, e solo se rispettoso di questo parametro

limitare la condanna al risarcimento del danno certa nell'*an*, che egli non poteva prevedere che in aperta campagna corresse il rischio di causare danni per milioni di euro ad un famoso tennista. E tale eccezione forse avrebbe buone possibilità di essere tenuta in conto dal giudice al momento della quantificazione dell'obbligo risarcitorio. In forza di tale consapevolezza, e dunque confidando nell'operatività a suo vantaggio della limitazione in parola, salendo sull'autovettura ed accingendosi a cominciare il suo itinerario campestre, il nostro guidatore potrebbe essere meno incentrato ad adottare un atteggiamento di guida prudente.

di riferimento, il legislatore dimostra di considerare equo l'intervento del giudice.

In definitiva, dunque, il danno non prevedibile — ovvero la parte di danno non prevedibile — non può rilevare nella vicenda perché sia il debitore che il creditore, quando si sono determinati a concludere il loro accordo contrattuale, o comunque quando è sorta l'obbligazione (e addirittura, se si volesse seguire l'interpretazione dell'art. 1225 già sopra criticata, fino al momento in cui il debitore avrebbe dovuto adempiere), non sono stati da quello influenzati e dunque non lo hanno ricompreso nell'equilibrio delle prestazioni pattuite, o più in generale non lo hanno contemplato nell'esecuzione del rapporto tra loro esistente, mentre sono stati senz'altro influenzati dal danno che essi avevano immaginato possibile⁷⁹. Ciò significa che il creditore resta esposto al rischio di subire un danno non prevedibile, che, ai sensi dell'art. 1225, non gli sarà risarcito se il debitore inadempiente non sarà stato in dolo (sull'interpretazione del termine « dolo » si rinvia a quanto sinteticamente osservato nel paragrafo che segue). Tale allocazione del rischio costituito dalla sopravvenienza di un danno imprevedibile si palesa come la più efficiente sul piano economico nell'ottica del contemperamento tra interessi contrapposti sopra accennato, ed altresì la più corretta sul piano sistematico, visto che, anche in considerazione di quanto dispone l'art. 1227 in materia di concorso del creditore nella produzione del danno, non sembra « equilibrato » (e, se si vuole, giusto) accordare al creditore danneggiato un risarcimento, conseguenza dell'inadempimento non doloso, superiore a quello che egli avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi al momento in cui il rapporto obbligatorio si è instaurato.

Coerente con questa interpretazione dell'art. 1225 appare anche la genesi storica de principio per cui il danno contrattuale risarcibile può subire limitazioni in ragione della sua prevedibilità. A riguardo giova osservare che la disposizione in esame riproduce con lievissime variazioni

⁷⁹ Più avanti, sempre in questo paragrafo, si evidenzierà come il principio di cui è espressione l'art. 1225, e che trova applicazione anche alle obbligazioni di fonte non contrattuale, può spiegarsi, rispetto a queste in termini tutto sommato analoghi a quelli qui proposti.

zioni l'art. 1228 del codice civile del 1865⁸⁰, il quale a sua volta traduceva l'art. 1150 del *Code Napoléon* (così come l'art. 1223 del codice vigente riproduce gli artt. 1227 e 1229 del precedente, i quali traducevano gli artt. 114 e 1151 del *Code Napoléon*). Quest'ultimo sul punto seguiva l'insegnamento di Pothier, tratto da Dumoulin (e cioè dalla dottrina che il giurista Molino formulò nel 1546 traendola dalle Costituzioni di Giustiniano ed in particolare dal paragrafo 531)⁸¹. Pothier spiegava la limitazione di responsabilità, consistente nella prevedibilità del danno per il debitore « in colpa », in ragione della tacita volontà manifestata dalle parti al momento della conclusione dell'accordo⁸². In altre parole, secondo l'illustre giurista francese, i contraenti, al momento in cui stipulano il contratto, tacitamente accettano di rinunciare al risarcimento di danni causati dall'eventuale altrui inadempimento ma non prevedibili in quanto deducono nel contratto solo ciò che possono prevedere.

La spiegazione del principio di prevedibilità (e della conseguente limitazione risarcitoria) in termini strettamente volontaristici è stata superata allorché, con l'entrata in vigore del codice del 1942, l'art.

⁸⁰ L'art. 1228 stabiliva che « Il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l'inadempimento dell'obbligazione non derivi da dolo ».

⁸¹ Come riferisce F. FERRARI, *Hadley v. Baxendale. La prevedibilità ex art. 74 CISG*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, Vol. 3, Milano, 2009, spec. p. 379-380, « un primo tentativo di limitare il danno contrattuale risarcibile a quello prevedibile fu fatto fin dall'origine dal diritto romano. [...] Dumoulin stabilì, circa mille anni dopo, la regola generale secondo cui i danni derivanti da un inadempimento contrattuale doversero essere limitati ai soli danni prevedibili. Ed è tale regola che costituì la base dell'affermazione di Pothier [...] la cui essenza trovò la propria espressione nel codice civile francese nella forma dell'art. 1150 ». Analoga ricostruzione offre V. DE LORENZO, *Inadempimento doloso*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, spec. p. 362. Per un'ampia riflessione di carattere storico e comparatistico su questi temi, v. M. LURIOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969.

⁸² Quando vi fosse stato dolo, la configurazione di tale elemento della fattispecie, in quanto determinante del delitto, avrebbe dato origine ad un'obbligazione autonoma di risarcimento ed avrebbe portato il debitore a risarcire l'intero danno che fosse stato conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento. Cfr. R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, Parigi, 1761, n. 159, p. 41.

1225 è divenuto espressamente applicabile anche alle obbligazioni che non hanno titolo in un atto di volontà negoziale⁸³. Si è, dunque, più di recente osservato che una lettura aderente alla sistematica codicistica conduce ad affermare che il legislatore, piuttosto che la volontà delle parti, ha voluto nel caso di specie tutelare l'equilibrio del rapporto per come creditore e debitore se lo rappresentavano al momento in cui l'obbligazione è sorta (come prevede espressamente la norma) ovvero, secondo parte della dottrina e recente giurisprudenza, al momento in cui il debitore avrebbe dovuto adempiere⁸⁴. Che tale rappresentazione non sempre coincida con la realtà — in quanto creditore e debitore, nel caso concreto, non risultano in grado *ex ante* di immaginare un possibile danno, che pure a posteriori si manifesta — è ben possibile. E proprio di tale situazione si occupa il legislatore, il quale regola la circosanza perseguendo l'equità intesa come mantenimento, anche dopo che l'inadempimento si è realizzato, dell'equilibrio del rapporto di debito/credito per come le parti se l'erano rappresentato. Valutazione, questa, che il giudice, secondo i più, deve compiere in modo oggettivo considerando ciò che l'uomo di media diligenza si sarebbe potuto rappresentare nella data situazione.

8.1 Segue: tra dolo contrattuale e prevedibilità

Chiarezza nei termini che precedono la *ratio* e la portata della disposizione in esame, giova tornare brevemente al suo contenuto precettivo, per poi chiudere il discorso a riguardo.

L'art. 1225 segue l'art. 1223, ai sensi del quale « *Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così*

⁸³ L'art. 1228 del Codice civile del 1865 e l'art. 1150 del *Code Napoléon*, che — come detto nel testo — rappresentano gli antecedenti storici dell'art. 1225, facevano espressamente riferimento alla prevedibilità « *al tempo del contratto* ». Dunque, non ci sono dubbi che la disposizione in esame trova la sua scaturigine in materia di inadempimento delle obbligazioni contrattuali, salvo avere poi ampliato il proprio raggio di azione con il codice del 1942 che ha preferito usare l'espressione « *tempo in cui è sorta l'obbligazione* ».

⁸⁴ Cfr. quanto già osservato *supra* alla note n. 66 e 67.

la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta ». Tal ultima disposizione, per un verso, assicura al creditore il ristoro integrale dei pregiudizi da lui subiti in forza dell'altrui inadempimento, comprendendo sia la componente del c.d. danno emergente che quella del c.d. lucro cessante, mentre per altro verso limita la risarcibilità ai soli danni « *che siano conseguenza immediata e diretta* » dell'inadempimento, e ciò al fine di non aggravare il debitore di un onere risarcitorio relativo a danni che egli non ha determinato con la sua condotta.

La regola di causalità fissata dall'art. 1223 costituisce uno snodo importante della disciplina delle obbligazioni, e più in generale dell'intero ordinamento privatistico, in quanto rappresenta applicazione pratica del fondamentale valore per cui, nel nostro ordinamento giuridico, possono essere rimpoveriti al loro autore, e/o al terzo responsabile, solo i pregiudizi che siano conseguenza immediata e diretta della condotta del primo, e che dunque in mancanza del fatto generato da detta condotta non sarebbero sorti⁸⁵. Non è un caso, dunque, vista la sua valenza, che l'art. 1223 sia espressamente richiamato dall'art. 2056 come applicabile anche in materia extraccontrattuale. Con la regola in questione, nell'ambito contrattuale (*reclusus*, in materia di inadempimento delle obbligazioni), concorre a delimitare il danno risarcibile — insieme al citato art. 1227 incentrato sulla evitabilità del danno da parte del creditore — l'art. 1225, il quale fonda — come cennato — il principio c.d. « della prevedibilità »⁸⁶.

⁸⁵ In vero, l'art. 1223 non spiega cosa debba intendersi per danni « *conseguenza immediata e diretta* » dell'inadempimento o del ritardo. Nell'incertezza ermeneutica, come noto varie sono le teorie sulla causalità che, nel tempo, sono state proposte dalla dottrina civilistica, anche sulla scorta della più ponderosa elaborazione della categoria svolta in ambito penalistico. Si discorre, così, quanto meno di « *conditio sine qua non* », « *regolarità causale* », « *causalità adeguata* », « *causalità umana* », « *imputazione oggettiva dell'evento* », « *causalità scientifica* » e « *causalità giuridica* ».

⁸⁶ In letteratura, tra gli altri, S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino, 1989, p. 103, afferma che la regola effettivamente vigente nel nostro ordinamento, e che si ricava dal combinato degli artt. 1223 e 1225 c.c., considera risarcibile il danno solo in quanto sia anche prevedibile.

Come sopra cennato, l'art. 1225 non è parso sinora avere ricevuto nel nostro ordinamento l'attenzione applicativa che merita, e ciò in quanto la nozione di dolo che si ricava dalla norma finisce per restringere troppo l'ambito di operatività della limitazione di responsabilità in esame. Ed infatti, la dottrina maggioritaria oggi sembra ritenere superata la tesi tradizionale per cui vi sarebbe « dolo » ogni qual volta il debitore sceglie consapevolmente di non adempiere avendo cognizione di arrecare al creditore un danno ingiusto⁸⁷, ed a maggior ragione quella per cui il dolo consisterebbe nella malafede ed in generale in un'attività ingannatoria perpetrata al tempo in cui sorge l'obbligazione⁸⁸, preferendo affermare che, al contrario, esso sussiste anche in ipotesi di semplice inadempimento cosciente e volontario⁸⁹. Optando per un'interpretazione così ampia della nozione di « dolo » (soluzione che, in vero, per varie ragioni, meriterebbe di essere approfondita⁹⁰) il

⁸⁷ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., spec. p. 155.

⁸⁸ Così G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in *Tratt. Rescigno*, 9, I, Torino, 1984, spec. p. 210. Cfr. P. CENDON, *Dolo (intenzione nella responsabilità contrattuale)*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991.

⁸⁹ Così U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, spec. p. 645. Su questa linea sembra essersi assodata anche la giurisprudenza, ed infatti così Cass., 25 marzo 1987, n. 2899, in *Mass. Foro it.*, 1987, secondo la quale, giustappunto, « per la configurabilità del dolo del debitore lex art. 1225 c.c., n.d.a.l è sufficiente la consapevolezza di dovere una determinata prestazione ed omettere di darvi esecuzione intenzionalmente, senza che occorra altresì il requisito della consapevolezza del danno ». Conf. Cass., 25 marzo 1987, n. 2899, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, 3; e Cass., 30 ottobre 1984, n. 5566, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 276; *contra* Cass., 7 agosto 1963, n. 2441, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1644.

⁹⁰ Nell'impossibilità di trattare adeguatamente il tema in questa sede, giova comunque sinteticamente notare come, in ambito contrattuale, sia ben raro il caso che l'inadempimento (sempre che riguardi la qualità dell'opera) sfugga non solo al controllo, ma finanche alla consapevolezza, del debitore. Dunque, il filtro che appare più opportuno utilizzare per perimetrare, sul piano pratico, il campo applicativo del limite posto dall'art. 1225, è quello della volontà: in definitiva, il limite non opererà quando la scelta di non adempiere è adottata liberamente dal debitore che ha ritenuto, per qualsiasi ragione, di preferire questa strada, ma ciò sempre a patto che questi fosse consapevole di arrecare al creditore un danno di entità superiore a quello che le parti avevano considerato al momento della conclusione del contratto. In tal caso correttamente si potrà parlare di « dolo » del debitore, secondo la lettera della disposizione in esame. Viceversa, se il debitore, al momento in cui ha scelto di essere ina-

limite costituito della prevedibilità viene in rilievo solo laddove il creditore non sia stato in grado di provare in giudizio che il debitore ha scelto consapevolmente di non adempiere essendo invece in condizione di farlo⁹¹.

Inoltre, anche quando si pone in concreto il tema della prevedibilità, perché si riconosce che il debitore inadempiente non è stato in dolo, parte della dottrina ritiene che il sindacato in proposito vada svolto esclusivamente attraverso una verifica del nesso causale tra inadempimento e danno. Con il risultato di sovrapporre il principio espresso dall'art. 1225 a quello di cui all'art. 1223 (rendendo, di fatto, sostanzialmente inutile il primo) e di considerare, per l'effetto, prevedibile il danno che appare causalmente collegato all'inadempimento⁹², senza

degnante, ha reputato che la circostanza, in considerazione del suo obbligo di risarcimento pur nei limiti di cui all'art. 1225, non avrebbe determinato un danno significativo per il creditore, sembra lecito dubitare possa parlarsi di « dolo ». L'interpretazione dell'art. 1225 qui proposta sembra l'unica in grado di consentire nel nostro ordinamento l'operatività del c.d. inadempimento efficiente, e cioè dell'inadempimento scelto dal debitore in quanto più efficiente per tutti i soggetti coinvolti nella vicenda: se, infatti, il debitore è esposto al rischio di dover risarcire comunque danni che egli non è in grado di prefigurarsi, con molta difficoltà, concluso un contratto, sceglierà di essere a quello inadempiente perché attratto da una soluzione negoziale migliore, che gli consentirebbe di risarcire interamente (nei limiti del prevedibile) il danno causato al creditore dall'inadempimento e di mantenere per lui un'utilità superiore a quella che avrebbe tratto dal primo contratto, con conseguente incremento dell'utilità generale determinata dal secondo contratto. Vero è che in questa ipotesi il creditore potrebbe sentirsi esposto, al momento della conclusione del contratto, ad un rischio elevato di subire danni che il suo debitore non può in quel momento prevedere, e che dunque questi ultimi potrebbero non essere chiamati a risarcire; ciò, tuttavia, rappresenta un problema che le parti possono gestire attraverso la esplicazione, nel contratto, di tutti i possibili danni a cui il creditore ritiene di essere esposto, collegata alla pattuizione di una penale articolata in modo da tener conto anche dei danni la cui verifica appare meno probabile.

⁹¹ La giurisprudenza afferma costantemente che spetta al creditore fornire la prova della prevedibilità del danno puntualizzando altresì che l'indagine relativa a tale prevedibilità è riservata al giudice di merito. Così, *ex ceteris*, Cass., 11 marzo 1992, n. 2910, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3072.

⁹² Così, in particolare, Cass., 28 novembre 2003, n. 18239, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Danni civili*, n. 269; Cass., 19 gennaio 1999, n. 475, *ivi*, 1999, voce cit., n. 219; Cass., 25 marzo 1987, n. 2899, cit.; e Cass., 19 luglio 1982, n. 4236, in *Giust. civ.*,

che abbia alcun rilievo la prevedibilità circa l'ammontare dello stesso⁹³. Alcuni autori, infine, attribuiscono all'art. 1225 solo una logica punitiva: il debitore che risulti inadempiente in attuazione del suo deliberato ed intenzionale proposito di non onorare l'impegno assunto deve risarcire anche il danno che egli non aveva potuto prevedere⁹⁴.

A prescindere dai limiti applicativi che l'art. 1225 sconta attualmente per come interpretato da dottrina e giurisprudenza, alla luce delle considerazioni sopra esposte può senz'altro dirsi che la disposizione risulta intrisa della sensibilità che il legislatore del 1942 ha mostrato per i temi oggetto della presente riflessione, nonché emblematica del

1983, I, p. 523. Distinguono, invece, i critici di prevedibilità e causalità, *ex ceteris*, Cass., 11 agosto 2004, n. 15559, in *Giur. civ.*, 2005, I, p. 1562; Cass., 27 ottobre 2003, n. 16091, cit.; Cass., 17 marzo 2000, n. 3102, cit.; Cass., 19 aprile 1997, n. 3395, in *Arch. civ.*, 1997, p. 834; e Cass., 21 maggio 1993, n. 5778, in *Giur. civ.*, 1993, I, p. 2963. In dottrina, tra gli altri, v. G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: « fatto dannoso e conseguenze »*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 420; e A. DE CUPIS, *In tema di rapporto causale di prevedibilità del danno*, in *Giur. it.*, 1983, I, I, c. 1525. Il tema è stato recentemente indagato da A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008.

⁹³ Come risulta anche dalla precedente nota, la giurisprudenza oggi dimostra di preferire la tesi per cui il concetto di prevedibilità ha un suo contenuto autonomo e distinto rispetto a quello di causalità. In particolare, si ritiene che, esaurito positivamente il giudizio di causalità richiesto dall'art. 1223, e relativo all'*an* dell'obbligazione risarcitoria, se il debitore non è in dolo, occorre valutare la prevedibilità del danno, sebbene non certo nel suo esatto ammoniare, in quanto è sufficiente che l'importo del danno che il giudice ordina di risarcire non ecceda i limiti di quanto era prevedibile ai sensi dell'art. 1225. Cfr., *ex multis*, Cass., 22 maggio 2003, n. 16091, cit.

⁹⁴ Così, *ex ceteris*, G. GRISI, *Gli istituti del diritto privato*, Napoli, 2007, spec. p. 284. La relazione al codice civile del 1942, nel paragrafo n. 801, potrebbe in qualche modo legittimare tale lettura visto che motiva il mancato richiamo dell'articolo in questione in ambito extracontrattuale con la considerazione che in tal ultimo contesto non si vuol commisurare il risarcimento al grado della colpa. Ciò, tuttavia, non sembra porsi in contrasto con quanto sopra osservato nel testo. Ed infatti, evidenzia- re che in materia di responsabilità extracontrattuale il legislatore ha ritenuto preferibile tendere insensibili le conseguenze risarcitorie rispetto all'intensità (o grado) della partecipazione soggettiva dell'autore al fatto può spiegarsi proprio osservando che, se si fosse preferita la soluzione contraria, l'eventuale collegamento difficilmente avrebbe prodotto risultati positivi in termini di deterrenza viste le peculiarità dell'area aquiliana cennate sopra nel testo.

modo in cui lo stesso ha ritenuto opportuno tutelare gli interessi delle parti coinvolte in un rapporto obbligatorio, valorizzando a pieno l'autonomia privata come strumento di efficiente gestione del rischio connesso all'operazione economica sottostante.

9. Clausole generali ed abuso del diritto

Muovendo a conclusione, la riflessione proposta non può trascurare di trattare, se pure brevemente, un tema divenuto ultimamente quanto mai centrale nell'elaborazione delle problematiche qui analizzate. Il riferimento è alla parabola che le clausole generali di correttezza e buona fede hanno avuto nel nostro ordinamento, ed in particolare nel diritto dei contratti e nell'area della responsabilità civile, dall'entrata in vigore del codice civile vigente sino ad oggi.

Ancora pochi lustri fa, come noto, nelle aule dei tribunali non veniva dato particolare rilievo all'esistenza nel tessuto normativo di clausole, peraltro collocate sul piano sistematico in posizioni di tutto rilievo, a tenore delle quali: « il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza » (art. 1175 c.c.); « nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia » (art. 1176 c.c.); « le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede » (art. 1337 c.c.); « colui che si è obbligato o ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte » (art. 1358 c.c.); « il contratto deve essere eseguito secondo buona fede » (art. 1375 c.c.); ed inoltre, persino nel caso in cui la controparte sia inadempiente « non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede ».

Tali clausole — che, peraltro, trovano puntualizzazione in diverse disposizioni codicistiche della parte dedicata ai singoli contratti, non solo in tema di disciplina dell'adempimento e delle conseguenze dell'inadempimento, ma, ad esempio, anche in tema di recesso — hanno cominciato ad essere apprezzate dalla giurisprudenza al principio

degli anni Novanta dello scorso secolo, anche con riferimento espresso all'art. 2043 c.c.⁹⁵

È accaduto così che i giudici, sia di merito che di legittimità, hanno iniziato a vagliare una vasta gamma di comportamenti privati nell'ottica del dovere di correttezza che, in ragione delle norme di legge appena richiamate, presidia senz'altro, nel nostro ordinamento, l'area della responsabilità contrattuale e precontrattuale. A tal riguardo, già diverso tempo fa si osservava, infatti, che attraverso l'applicazione delle clausole in parola, negli ultimi lustri è stato, « con un vigore inconsueto, sindacato giudizialmente l'agire di chi, pur esercitando la propria attività in modo formalmente ineccepibile [e cioè nell'esercizio di un proprio diritto, n.d.a.] in concreto causa danni alle controparti contrattuali ovvero ad eventuali terzi coinvolti, abusando della propria superiorità informativa, organizzativa, professionale, tecnologica, economica o anche soltanto negoziale »⁹⁶.

La vicenda pretoria in parola trova le sue radici concettuali nelle autorevoli riflessioni dottrinali che, sin dagli anni Sessanta dello scorso secolo, hanno riconosciuto alle clausole di correttezza e buona fede oggettiva (spesso intese come sinonimi), spesso — non a caso — colle-

⁹⁵ Per le prime pronunce che hanno sanzionato il comportamento contrario a buona fede facendo espresso richiamo all'art. 2043 c.c., così in qualche modo elevando il canone di correttezza a criterio di valutazione dell'ingiustizia del danno, v. Cass., 14 giugno 1999, n. 5880, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1022, con nota di PEDRAZZI; Cass., 19 giugno 1998, n. 5659, in *Foro it.*, 1999, I, c. 660, con nota di LAMBO; Trib. Monza, 15 febbraio 1996, in *Resp. civ.*, 1997, p. 512, con nota di FRAU; Trib. Latina, 28 aprile 1980, in *Banca, borsa ecc.*, 1985, II, p. 107, con nota di MARZONA.

⁹⁶ Così testualmente F. DI CIOMMO, *Dovere di correttezza in ambito extraccontrattuale*, commento a margine di Trib. Rimini, 21 agosto 2000, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1183. Ma, per ulteriori approfondimenti sul tema, ed in particolare per una sintesi dei diversi significati e le diverse funzioni attribuiti alla clausola di « correttezza » da dottrina e giurisprudenza, sia consentito rinviare anche a ID., *Clausole generali e responsabilità civile dell'intermediario mobiliare*, nota a Cass. 15 gennaio 2000 n. 426, in *Foro it.*, 2000, I, 1161; nonché ID., *Recesso dal contratto di apertura del credito e abuso del diritto*, nota a Cass. 14 luglio 2000 n. 9321, in *I contratti*, 2000, p. 1111; e ID., *L'abuso di potere del proponente nel rapporto di agenzia*, nota a Cass. 2 maggio 2000 n. 5467, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1029.

gate al dibattito sull'abuso del diritto⁹⁷, un'autonomia ed un'importanza sino ad allora non sospette⁹⁸. Anche il legislatore, tuttavia, negli anni subito precedenti alla svolta pretoria aveva dimostrato una rimovata attenzione per il tema, tanto da avere imposto per legge ai privati esercenti determinate professioni o attività, obblighi di comportamento ispirati al principio di correttezza⁹⁹. E ciò appare in linea con quanto, nello stesso momento, accadeva fuori dai confini italiani¹⁰⁰. Tanto che autorevole dottrina, già sul finire degli anni Ottanta dello scorso secolo, affermava essere innegabile una tendenza di tutti gli ordinamenti giuridici occidentali ad erodere, in ambito civilistico, la sfera di

⁹⁷ Per recenti riflessioni, di vario tenore, sul tema, anche per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali ivi indicati, v. G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fati specie, casistica*, Milano, 2012; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; e L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali. Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Napoli, 2005.

⁹⁸ Tra i contributi più significativi di quel periodo, v. M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1957; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. prov. civ.*, 1958, p. 18; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, spec. p. 90; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 250; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970; G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 613. Anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9 a ed., Napoli, 1966, spec. p. 77, osservava come il contenuto del diritto soggettivo sia delimitato sulla base del principio di solidarietà, così che ogni esercizio non solidale merita di essere considerato un « eccesso dal diritto ».

⁹⁹ Ad esempio, può farsi riferimento all'art. 6, lett. a), della legge n. 1/1991 (c.d. Legge Simi) ed all'art. 21 del già citato d.lgs. n. 58/1998 (c.d. TUF), che operano nel rapporto tra intermediario finanziario e cliente; ma anche all'art. 9, lett. a), della legge n. 675/1996 (sul trattamento dei dati personali), oggi abrogata e sostituita dal d.lgs. n. 196/2003; ed all'art. 9 della legge n. 192/1998 sulla subfornitura industriale, più volte richiamata in queste pagine.

¹⁰⁰ Nell'impossibilità in questa sede di svolgere una puntuale ricognizione comparatistica in argomento, giova limitarsi a segnalare che la direttiva 2000/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, datata 29 giugno 2000, relativa «alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», al considerando n. 19 si propone espressamente di «proibire l'abuso della libertà contrattuale a danno del creditore».

libertà dei diritti soggettivi, con conseguente « allargamento del controllo e del potere di intervento giudiziale sugli atti dei privati »¹⁰¹.

Che il nostro ordinamento si presti ad una piena valorizzazione delle clausole generali di correttezza e buona fede, sia in ambito contrattuale che aquiliano, è confermato dall'impronta-solidaristica che lo caratterizza e che trova, per opinione comune, nell'art. 2 della Costituzione il suo riferimento normativo più importante¹⁰². In ragione di ciò, già a metà degli anni Ottanta del secolo scorso attenta dottrina osservò come « il diritto privato dell'età attuale avrebbe per contrassegno il graduale trapasso dalla figura del diritto soggettivo a quella della potestà intesa come una situazione di potere funzionale caratterizzata dalla presenza di limiti, vincoli, oneri, obblighi, ovvero una situazione di diritto-dovere »¹⁰³, mentre, più o meno nello stesso periodo, altri autori teorizzarono l'esistenza di interessi legittimi privati, intesi come « situazione di vantaggio (sostanziale e inattiva) che si colloca all'interno di un (vero) rapporto giuridico strutturato nel senso della complementarietà e caratterizzato, al polo opposto, dalla presenza di situazioni attive (nel senso del comportamento): siano poi esse di libertà o di necessità e tuttavia, in ogni caso, discrezionali »¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cost. C. SALVI, *Abuso del diritto (Diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1. Ma per considerazioni critiche circa la legittimità di tale « allargamento » in ambito contrattuale, v., *ex ceteris*, R. PARDOLESI, *Diritto dei consumatori ed eliminazione degli squilibri: verso una riscrittura giudiziale del contenuto dei contratti?*, in *Discipl. comm.*, 1999, p. 9.

¹⁰² Per interessanti considerazioni sul punto, cfr., *ex multis*, F.D. BUSNELLI e E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Abuso del diritto*, a cura di G. Furguele, Padova, 1998, p. 212; G. TUCCI, *Danno ingiusto*, Napoli, 1970, spec. p. 15; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 73; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984; e G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993.

¹⁰³ Così A. LENER, *Potere (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 640.

¹⁰⁴ Così L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 549, la quale precisa ulteriormente che, affinché ci sia interesse legittimo, è necessario che la legge, pur implicitamente, assigni a tale interesse il ruolo di limite esterno rispetto alla situazione di potere, sì che questo non possa non indirizzarsi anche nel senso richiesto da esigenze ulteriori rispetto alla sfera dell'agente titolare del potere. Dello stesso A. cfr. anche *Contributo ad una teoria*

Le vicende qui accennate hanno portato, recentemente, la Cassazione ad affermare, senza mezzi termini, che « il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 5.3.2009 n. 5348; Cass. 11.6.2008 n. 15476). Ne consegue che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.). I principi di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico, L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462). [...] la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge »¹⁰⁵. Partendo da queste considerazioni la Suprema corte ha osservato che la correttezza opera anche come limite esterno rispetto all'esercizio dei diritti soggettivi, di talché quando l'esercizio del diritto non sia corretto si determina un'ipotesi di abuso del diritto. Ed inoltre che di tal ultimo istituto « è stato fatto frequente uso in particolare in materia tributaria, fondandolo sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antieclusivo (v. per tutte Cass., Sez. Un. 23 ottobre 2008 nn. 30055, 30056, 30057) », ed in materia societaria, dove sono state ritenute nulle le delibere assembleari inficiate da abuso del diritto di voto.

dell'interesse legittimo nel diritto privato, Milano, 1967; nonché *Osservazioni minime sui poteri privati ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, p. 259.

¹⁰⁵ Così, testualmente, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

9.1. Gli effetti dell'abuso del diritto tra regole di validità e regole di responsabilità (o comportamento)

L'arresto giurisprudenziale appena richiamato, ed al quale sono state mosse critiche da una parte della dottrina¹⁰⁶, descritte in maniera piuttosto fedele l'approdo cui è attualmente pervenuta l'elaborazione della teoria dell'abuso del diritto e, più in generale, la prassi applicativa che nel nostro ordinamento negli ultimi lustri si è formata in materia di clausole generali di correttezza e buona fede.

Non ancora del tutto chiari, però, risultano gli effetti derivanti dall'accertamento dell'abuso di potere, o comunque di un comportamento privato non conforme al canone di correttezza. Ed infatti, mentre una parte della giurisprudenza e della dottrina, con particolare riferimento all'ipotesi di abuso di voto nelle assemblee societarie e di violazione delle norme antitrust, sostengono – se pure sulla scorta di argomentazioni eterogenee – l'invalidità degli atti di autonomia privata inficiati dall'abuso, è recentemente emerso nella stessa giurisprudenza di legittimità un orientamento più ossequioso della tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità (o comportamento).

Il riferimento è a due importanti sentenze gemelle rese nel 2007 dalla Cassazione, a Sezioni Unite, in materia di contratti di investimento e di violazione degli obblighi di informazione posti a carico degli intermediari finanziari¹⁰⁷. In tale ambito, come noto, la legge, ol-

¹⁰⁶ Cfr. R. PARDOLESI e A. PALMIERI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, cit.

¹⁰⁷ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007 n. 26724 e n. 26725, in *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di E. SCODITTI, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 432, con nota di U. SALANITRO, in *I contratti*, 2008, p. 221, con nota di V. SANGIOVANNI, in *Danno e resp.*, 2008, p. 525, con nota di V. ROPO, ed in *Corr. giur.*, 2008, p. 223, con nota di G. MARCONDA. Sulla complessa tematica, *ex multis*, cfr. in particolare C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, fasc. 3, pp. 599-634; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1; A. GENTILI, *Distinzione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, 2008, p. 393; F. AUTELIANO, *La natura imperativa delle regole di condotta degli intermediari finanziari*, *ivi*, p. 1157; G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite*:

tre a prevedere espressamente che l'intermediario deve "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati" (art. 21, comma 1, lett. a, del d.lgs. 58/1998, c.d. TUF), pone a suo carico specifici doveri di informazione sempre più accentuati e analitici, ma non sancisce espressamente la nullità dei contratti o delle clausole conclusi in violazione di tali canoni di comportamento e doveri (cfr. l'art. 6 della legge n. 1 del 1991, poi sostituito dall'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, sino al recentissimo d.lgs. n. 164 del 2007 che attua le c.d. Direttive MIFID).

Sul punto la giurisprudenza, anche di legittimità, negli anni scorsi aveva mostrato orientamenti divergenti circa gli effetti derivanti dal comportamento in qualche modo scorretto dell'intermediario finanziario. Una prima sentenza di Cassazione, infatti, aveva privilegiato la responsabilità e il risarcimento perché, si era detto, i comportamenti delle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità non può dar luogo a nullità¹⁰⁸. Una successiva ordinanza ha rilevato, invece, l'erosione costante, nella legislazione speciale, della netta distinzione fra regole di responsabilità e di validità ed ha sottolineato come spesso la violazione di doveri di comportamento è sanzionata dalla legge con la nullità dell'atto¹⁰⁹. Le Sezioni Unite, intervenendo sul contrasto pretorio appena sintetizzato, riaffermano la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità ma con una precisazione importante: la violazione delle norme di comportamento nella fase di formazione e di esecuzione del rapporto, ove non sia al-

chiuse, considerazioni ed un elogio ai giudici, in *Giur. it.*, 2008, p. 353; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, spec. p. 429-508; G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 785; ID., *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241; nonché V. ROPO, *Compravendita di strumenti finanziari e obbligo di informazione. La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & Tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 604-630; e V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia: modalità assaiologiche della negoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 210.

¹⁰⁸ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 11005, con nota di E. SCODITTI.

¹⁰⁹ Cass., ord. 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Corr. giur.*, 2007, p. 631, con nota di V. MARCONDA.

trimenti stabilito dalla legge, non determina nullità ma responsabilità; essa, tuttavia, può essere causa di risoluzione del contratto quando non siano correttamente adempiti il dovere di protezione e gli specifici obblighi di prestazione gravanti sull'intermediario.

A tale conclusione la Corte perviene dopo aver ribadito « il valore di principio immanente dell'intero sistema giuridico » delle clausole generali di buona fede e correttezza ricavato dal dovere di solidarietà fissato nell'art. 2 della Costituzione. E dopo aver sostenuto che la violazione di tali clausole generali si può riflettere in casi specifici sugli effetti dell'atto (determinando annullabilità per dolo, rescissione o risoluzione), e senz'altro può produrre conseguenze risarcitorie (di natura precontrattuale, extracontrattuale o contrattuale, a seconda dei casi) anche a prescindere da tali effetti, ma non produce mai nullità pur avendo le previsioni normative in parola carattere imperativo. Ciò in quanto, « il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo legati alle circostanze del caso concreto per poter assicurare, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite »¹¹⁰.

Né tale considerazione è vanificata, secondo i Giudici di legittimità, dalle novità legislative in base ad un argomento convincente. Ed infatti, sempre secondo la Suprema Corte, l'evoluzione della legislazione speciale, che spesso ingloba nelle regole di validità la violazione della buona fede e dei doveri di comportamento, non è di per sé decisiva perché dalle norme speciali non si può ricavare un principio ap-

¹¹⁰ Questo passaggio della motivazione della citata sentenza di Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, risulta di grande importanza e senz'altro condivisibile, ma appare in contrasto con quanto più di recente la III sezione civile della Suprema Corte ha affermato nella sentenza 18 settembre 2009 n. 20106, cit., che tanta attenzione ed eterogenee reazioni ha destato nella dottrina italiana (in proposito, v. supra la nota n. 17). Il punto di maggiore frizione tra i due autorevoli arresti pretori si coglie, in particolare, nel convincimento della pronuncia più recente secondo cui « il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di temperamento degli opposti interessi » (v. S.U. 15.11.2007 n. 23726 ed i richiami ivi contenuti). Comprende, dunque, che la sentenza del 2009 non individui come precedenti da tenere in considerazione, e con i quali confrontarsi, anche le sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007.

plicabile a settori diversi e nulla autorizza a trarre dalle nuove disposizioni, contenenti per lo più nullità speciali, regole generali in contrasto con la impostazione del codice civile. Su questo specifico aspetto i giudici focalizzano l'attenzione con particolare puntualità. Il presupposto del ragionamento è che, nel nostro ordinamento, l'area delle « norme indelegabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto (art. 1418, comma 1) è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo ». La conseguenza che se ne ricava è che, in effetti, una clausola contraria ad un divieto normativo può essere dichiarata nulla ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. in base ad una valutazione da operare, caso per caso, confrontando la ratio della norma con il risultato programmato dalle parti. In sostanza, secondo le sentenze in esame, il giudice, in via generale, potrà addiventare a pronunciare la nullità, ma ciò solo quando la clausola o il contratto manifestino, in sé, una netta contrarietà rispetto a quanto prescritto dalla norma imperativa. Il comportamento formativo o esecutivo di tale assetto va valutato, invece, in base al dovere di buona fede (1337 e 1375 c.c.) per accertare l'esistenza di una responsabilità e di un danno.

Le sentenze del 2007 delle Sezioni Unite, si segnalano per la completezza e la puntualità delle argomentazioni adottate. Ma anche per l'equilibrio della soluzione finale adottata che pare rispettosa della sistematica codistica pur nella piena consapevolezza dell'evoluzione legislativa e pretoria che il diritto dei contratti ha vissuto negli ultimi vent'anni. Valorizzare le clausole generali di correttezza e buona fede principalmente in funzione risarcitoria, infatti, sembra l'operazione ermeneutica più coerente con l'impostazione (attuale) del nostro diritto dei contratti, oltre che, con tutta probabilità, in linea generale la più efficiente sul piano gius-economico¹¹¹. Né ad una diversa conclusione possono condurre i riferimenti alla ormai consolidata giurisprudenza che riconosce la nullità delle delibere societarie inficiate da abuso del diritto di voto, o che applica il concetto di abuso del diritto in ambito

¹¹¹ Circa la generale maggiore efficienza gius-economica delle regole di responsabilità, rispetto alle regole « di proprietà », cfr. A. NICITA, R. PARDOLISI e M. RIZZOLI, *Le opzioni nel mercato delle regole, in Mercato, concorrenza, regole*, 2006, p. 239.

tributario (senza, per altro, giungere a sancire la nullità dell'atto privato prodotto dall'abuso, bensì la semplice inopponibilità di quello all'erario) giacché in questo caso siamo evidentemente fuori dall'area del diritto dei contratti. E nemmeno sembra che possa avere un qualche fondato rilievo, rispetto alla tematica in parola, la questione relativa all'asserita nullità delle pratiche commerciali, in via diretta o derivata, contrarie alla normativa antitrust, perché anche in questo contesto operano categorie, logiche, criteri ed interessi del tutto eccentrici se confrontati con quelli tipici del diritto civile. A questo proposito basta osservare che un'intesa può essere, al momento della sua conclusione, pienamente conforme al diritto antitrust, salvo divenire illecita, sempre sotto tale profilo, in corso di sua esecuzione; o, all'opposto, un'intesa, anche se abusiva, può, in presenza di determinate condizioni, essere autorizzata così sfuggendo ad ogni tenuta conseguente in termini di invalidità. Non tenere nella dovuta attenzione la differenza dei piani e dei contesti sui si svolgono le attuali riflessioni in tema di abuso di posizione dominante, abuso di dipendenza economica o abuso di diritto, può creare notevole confusione.

10. Conclusione

Come evidente, di là dai necessari approfondimenti che in questa sede non è possibile svolgere circa le sentenze da ultimo citate, le tematiche in argomento costituiscono in questo momento snodi centrali della riflessione civilistica. E ciò non solo a livello italiano¹¹², ma anche, quanto meno, europeo¹¹³.

¹¹² Sin qui si è mancato di evidenziare che, tra gli indici normativi della recente attenzione del legislatore italiano per il tema dell'equilibrio contrattuale, alcuni autori segnalano la legge n. 108 del 1996 in tema di usura, la quale, tra l'altro, ha novellato l'art. 1815 c.c. prevedendo la nullità della clausola in cui sono pattuiti interessi usurari.

¹¹³ Per una riflessione a più voci di qualche anno fa, ma ancora attuale, in proposito v. A. D'ANGELO, P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005. Cfr. anche M. BIANCA, *Buona fede e diritto privato europeo*, in

A tal proposito, giova ricordare che l'art. 3.10 dei Principi Unidroit fonda la regola della c.d. *gross disparity* stabilendo che, qualora il regolamento pattizio determini ingiustificatamente un eccessivo vantaggio a carico di una parte, l'altra possa impugnare la validità del contratto o di singole clausole, indicando, tra le altre circostanze alle quali deve avere riguardo il giudizio sull'impugnazione, varie ragioni, oggettive e soggettive, di dipendenza o debolezza negoziale della parte pregiudicata. La disposizione riconosce al giudice il potere di intervenire sulle singole clausole al fine di restituire equilibrio al contratto. Anche i Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione Lando prevedono una qualche, in vero apparentemente più timida, valorizzazione del potere giudiziale di intervenire sull'equilibrio contrattuale. Infatti, all'art. 4.109 viene stabilito — per certi versi in analogia con quanto previsto dalle norme codistiche italiane in materia di rescissione — che un contraente può chiedere l'annullamento del negozio se al momento della sua conclusione essa si trovasse in uno stato di dissesto economico o di bisogno o di dipendenza rispetto all'altra, ovvero se intrattenesse con questa un rapporto di fiducia e la controparte abbia approfittato in modo ingiusto di tali circostanze o per ricavarne un eccessivo vantaggio.

In definitiva, dunque, non può certo negarsi che le vicende e le circostanze su cui si è appuntata la recente riflessione costituiscono indici che, per quanto sparsi e pur nella eterogeneità delle fonti, degli enunciati e dei contenuti regolamentari, rivelano senz'altro chiare tendenze evolutive del diritto dei contratti. Esse effettivamente creano un ambiente culturale che sembra, in qualche modo accreditare, anche al di là delle specifiche ipotesi già codificate in modo palese nel nostro ordinamento, un sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale stabilito dalle parti più invasivo di quello legittimato dalla tradizione.

Il punto, adesso, è capire, ferma restando la distinzione tra contratti del consumatore e contratti conclusi tra imprenditori, entro quali limiti e secondo quali direttrici, rispetto a tali ultimi contratti, questo sindacato può essere esercitato visto che, come si è cercato di evidenziare

Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, p. 189.

nella presente riflessione, il codice civile non disconosce le principali problematiche su cui di recente, non solo in Italia, si è incentrata l'attenzione della dottrina con riferimento al c.d. imprenditore debole. E tuttavia si propone di gestirle attraverso regole che consentono al giudice di intervenire sui contenuti del contratto, e sulla validità di questo, solo in ipotesi particolari e patologiche. Fermo restando che quando risultano applicabili le clause generali di correttezza e buona fede, o addirittura viene in rilievo la teoria dell'abuso del diritto, il giudice è chiamato a svolgere un accertamento più incisivo e discrezionale, ma principalmente finalizzato a statuire il risarcimento del danno.

In ragione di tutto quanto sin qui considerato nella presente riflessione, la sensazione è che in assenza di un intervento legislativo di portata generale l'interprete è chiamato, in questa delicata fase (che potrebbe anche apparire di passaggio), a trattare ogni novità ed ogni suggestione con particolare prudenza e rispetto del sistema delle fonti, e ciò al fine di evitare che la confusione si traduca in arbitrio, e che il risultato concreto dei pur apprezzabili slanci a tutela del contraente debole sia una generale incertezza circa gli effetti dei contratti. Da tale deriva sembra possibile rifuggire recuperando l'unitarietà e la coerenza di fondo del sistema. E cioè, in pratica, restituendo centralità al diritto delle obbligazioni per come delineato nel codice civile, salvo integrare ed arricchire tale assetto normativo con le norme speciali di volta in volta prodotte dal legislatore, ma pur sempre avendo cura di interpretare quest'ultime nel modo più idoneo ad evitare che le stesse possano apparire espressione di principi non in armonia con il sistema così delineato.

Un approccio di tal fatta, se adottato in modo diffuso dalla dottrina, potrebbe anche ritardare alcuni processi evolutivi, che al momento appaiono ai più ineludibili ed urgenti, ma senz'altro eviterà storture legislative e (giocando con le parole) « abusi » pretori, che potrebbero, alla lunga, incidere assai più significativamente, e certo negativamente, sul significativo e necessario processo di rinnovamento in atto nel diritto dei contratti italiano ed europeo.¹¹⁴

¹¹⁴ A tal ultimo riguardo non sembra inopportuno ricordare che l'art. 9 della legge n. 192/1998, sul quale — come detto — principalmente ruotano, almeno in Italia, le

riflessioni sulla tutela dell'imprenditore debole, in realtà ha avuto scarsissima applicazione giurisprudenziale perché, come osservato dalla dottrina già subito dopo l'entrata in vigore della legge sulla subfornitura industriale, la tecnica di tutela prescelta dal legislatore è senz'altro poco efficace sul piano pratico, visto che l'imprenditore debole, se davvero dipendente economicamente o tecnologicamente dalla controparte contrattuale, difficilmente può considerare auspicabile l'ottenimento di una pronuncia giudiziale di invalidità della clausola, o del contratto, visto che questa metterà comunque a repentaglio la prosecuzione del rapporto commerciale. In proposito giova, altresì, osservare che anche le più recenti normative che in qualche modo sembrano espressione della nuova sensibilità legislativa per il tema dell'abuso dell'autonomia privata nei rapporti tra imprese (a riguardo cfr. la nota n. 4) non si fanno certo apprezzare per limpidezza del disposto normativo ed anzi generano, per come formulate, significative incertezze ermeneutiche ed applicative su cui in questa sede non è dato soffermarsi.