



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

Scuola di Dottorato in Scienze giuridiche
Curriculum: Diritto privato e processo
XXX Ciclo

Tesi di Dottorato di Ricerca

Profili sistematici sull'eterointegrazione del contratto nel panorama giuridico nazionale ed europeo

Dott. Stefano Tonetti

Tutor:

Ch.ma Prof.ssa Chiara Tenella Sillani

Coordinatore del dottorato:

Ch.ma Prof.ssa Maria Teresa Carinci

A.A. 2016/2017

**PROFILI SISTEMATICI
SULL'ETEROINTEGRAZIONE DEL CONTRATTO
NEL PANORAMA GIURIDICO NAZIONALE ED EUROPEO**

INDICE

PRESENTAZIONE	1
----------------------	---

**CAPITOLO I
L'ETEROINTEGRAZIONE DEL CONTRATTO NEL CODICE CIVILE.
RUOLO E LIMITI DEL POTERE DEL GIUDICE.**

1.1.- PROFILI INTRODUTTIVI: GENESI, EVOLUZIONE E CAMPO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 1374 C.C.	4
1.2.- L'EQUITÀ NELL'ART. 1374 C.C.: L'ULTIMA FONTE DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO.	8
1.2.1.- (ANCORA) SULL'EQUITÀ NEL CODICE CIVILE: OLTRE L'ART. 1374.	16
1.3.- SULLA QUALIFICAZIONE DELLA CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE QUALE FONTE DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO.	21
1.4.- ETEROINTEGRAZIONE DEL CONTRATTO NEL DIRITTO INGLESE, TRA <i>SANCTITY OF CONTRACT</i> E <i>IMPLIED TERMS</i> .	26
1.5.- ETEROINTEGRAZIONE DEL CONTRATTO E <i>SOFT-LAW</i> DELL'UNIONE EUROPEA.	34
1.6.- POTERI DEL GIUDICE NEL NUOVO DIRITTO FRANCESE DEI CONTRATTI.	43
1.7.- VALORE E ATTUALITÀ DELLE CLASSIFICAZIONI, TRA VISIONE CLASSICA E INNOVAZIONE: NUOVI ORIZZONTI PER L'ART. 1374 C.C.	46

CAPITOLO II
UN INSOLITO CASO DI INTEGRAZIONE EQUITATIVA (ART. 1384 C.C.),
L'ART. 2 DELLA COSTITUZIONE E LA BUONA FEDE:
STORIE DI *ECCESSI MANIFESTI*

2.1.- L'ART. 1384 C.C.: <i>RATIO</i> E QUESTIONI PRELIMINARI. NATURA DELLA CLAUSOLA PENALE.	50
2.2.- POSTILLA SULLA QUESTIONE (APERTA?) DELLA PENALE ESIGUA.	58
2.3.- POTERI DEL GIUDICE <i>EX ART.</i> 1384 C.C.: ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE DOMINANTE FINO AL 2005 E CONTRASTI IN DOTTRINA.	61
2.4.- LE SEZIONI UNITE SPOSANO L'ORIENTAMENTO MINORITARIO: RIDUCIBILITÀ <i>EX OFFICIO</i> .	65
2.5.- OSSERVAZIONI CRITICHE.	70
2.6.- SULLA CONFIGURABILITÀ DELL' <i>ESTENSIONE ANALOGICA</i> DELLA DISCIPLINA DI CUI ALL'ART. 1384 C.C.	76
2.7.- DA TIVOLI ALLA CONSULTA, DOPPIO CARICO DI SOLIDARIETÀ: LA NULLITÀ PER VIOLAZIONE DELL'ART. 2 COST.	82

CAPITOLO III
L'INTEGRAZIONE NEL "NUOVO DIRITTO DEI CONTRATTI" TRA EQUITÀ E
LIMITI AL POTERE CORRETTIVO DEL GIUDICE

3.1.- INTRODUZIONE. IL NUOVO DIRITTO DEI CONTRATTI E LE NULLITÀ PROTETTIVE.	89
--	----

SEZIONE PRIMA - I CONTRATTI DEI CONSUMATORI

3.2.- IL CONTROLLO SULL'EQUILIBRIO NORMATIVO NEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI: LA TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE A FRONTE DI CLAUSOLE VESSATORIE.	93
3.3.- LACUNE ORIGINATE DA DICHIARAZIONE DI NULLITÀ DI CLAUSOLE PER DEROGA (ABUSIVA) A NORME DISPENSATIVE: COME INTEGRARE I CONTRATTI DEI CONSUMATORI?	104
3.4.- DA <i>BANCO ESPAÑOL</i> (2012) A <i>BANCO PRIMUS</i> (2017): LA CORTE DI GIUSTIZIA METTE A FUOCO GLI EFFETTI DELLA DICHIARAZIONE DI VESSATORIETÀ DI UNA CLAUSOLA.	109

3.5.- POSTILLA SULLE DECISIONI DELL'ABF IN TEMA DI MUTUI INDICIZZATI AL FRANCO SVIZZERO.	120
---	-----

3.6.- CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULL'INTEGRAZIONE DEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI.	122
---	-----

SEZIONE SECONDA - CONTRATTI TRA PROFESSIONISTI

3.7.- ASIMMETRIE CONTRATTUALI AL DI LÀ DEL MODELLO <i>B2C</i> . INTRODUZIONE.	125
---	-----

3.8.- L'ORIGINARIO E IL NUOVO VOLTO DELL'ART. 7 DEL D. LGS. 231/2002 A CONFRONTO. EFFETTIVA PORTATA DELLA NOVELLA DEL 2012.	127
--	-----

3.9.- L'ESIGUA APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE DEL D. LGS. 231/2002: GLI ACCORDI INIQUI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI DEROGANO "ABUSIVAMENTE" LE NORME (DEROGABILI).	137
--	-----

3.10.- L'ART. 9 DELLA L. 192/1998. DIVIETO DI ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA.	141
---	-----

3.11.- LA NULLITÀ <i>EX ART. 9, C. 3</i> E IL POSSIBILE RUOLO DELL'INTEGRAZIONE EQUITATIVA DEL GIUDICE NELL'OPERA DI RIEQUILIBRIO DEI RAPPORTI CONTRATTUALI TRA IMPRESE.	147
---	-----

3.12.- CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULL'INTEGRAZIONE DEI CONTRATTI <i>B2B</i> TRA TUTELA DEL CORRETTO FUNZIONAMENTO DEL MERCATO ED EQUITÀ CORRETTIVA	152
---	-----

BIBLIOGRAFIA	155
---------------------	-----

PRESENTAZIONE

Il tema dell'integrazione del contratto è stato centrale in seno alla materia contrattuale fin dall'entrata in vigore del codice civile del 1942, soprattutto con riguardo al difficile rapporto tra fonti eteronome, rispetto al regolamento disegnato dalle parti, e la tutela riconosciuta all'autonomia privata.

Nella tradizione dei codici degli ordinamenti di *Civil Law*, il riconoscimento dell'autonomia privata rappresenta un principio giuridico fondamentale; analogo rilievo permea altresì i sistemi anglosassoni: garantire la libertà dei contraenti nel porre in essere contratti e nel determinarne i contenuti, sia pure nel rispetto delle regole fondamentali imposte dagli ordinamenti, esalta il ruolo del loro volere individuale e favorisce il dinamismo dei traffici commerciali. Da qui, la necessaria limitazione di qualunque intervento giudiziale che venga a correggerne le pattuizioni, intervento sempre considerato di carattere eccezionale.

Lo studio prenderà avvio proprio dall'esame dell'equità come fonte di integrazione del contratto prevista dall'art. 1374 del codice civile e della buona fede, la cui riconducibilità alla categoria delle fonti integrative è tutt'altro che limpida.

Successivamente ampio spazio verrà dedicato al meccanismo di riduzione equitativa della clausola penale e al vivace dibattito, sviluppatosi in dottrina e in giurisprudenza, intorno all'art. 1384 c.c. e alla sua eventuale estensione a disciplinare fattispecie simili.

Si passerà in seguito a considerare come, negli ultimi decenni, la concezione dei rapporti contrattuali fondata su un supposto schema di pari forza negoziale è stata messa in discussione, prendendosi atto che la disparità di potere costituisce molte volte una costante fisiologica delle relazioni economiche, con la conseguenza che il

contratto, lungi dall'essere espressione della libertà di entrambe le parti, può rappresentare il prodotto delle prevaricazioni del soggetto più forte, con conseguenze pregiudizievoli sia per quello più debole sia per il corretto funzionamento del mercato.

La questione trova oggi ulteriore linfa per effetto del formarsi di un “nuovo diritto dei contratti” che si affianca, anche sotto l’impulso della normativa europea, alla disciplina contenuta nel codice civile, consentendone inedite letture.

In tale rinnovato quadro, i contratti vengono infatti riguardati non più nella tradizionale ottica individualistica e paritaria degli scambi negoziali accolta nel codice, ma per gli effetti aggregati che essi determinano sul corretto funzionamento del mercato, considerato quale principio di ordine pubblico economico⁽¹⁾. Da ciò deriva, tra l’altro, la nullità di quelle pattuizioni che, in conseguenza dell’abuso del potere negoziale di una parte a scapito dell’altra (elemento talora espressamente considerato dal legislatore, altre volte implicitamente presupposto), siano ingiustificatamente squilibrate, sotto il profilo economico o normativo; una nullità che mira ad eliminare quelle distorsioni che possano pregiudicare, insieme alla parte protetta (quale soggetto degli scambi in qualità di impresa, cliente, consumatore), la concorrenzialità ed il dinamismo dei mercati.

Laddove venga dichiarata la nullità di una clausola ingiustificatamente sproporzionata, si apre il problema del se e come colmare il vuoto così creatosi: a fronte di casi in cui l’invalidità appare costituire rimedio sufficiente a disincentivare comportamenti opportunistici e a ristabilire l’equilibrio dell’accordo negoziale, si pongono infatti ipotesi in cui occorre sopperire alla lacuna creatasi (al fine di evitare la caducazione dell’intero contratto) o attraverso l’applicazione di norme dispositive oppure tramite il ricorso all’intervento equitativo del giudice.

L’indagine verrà svolta sia con riguardo ai contratti conclusi tra professionisti (B2b) e tra questi ed i consumatori (B2C), ponendosi in luce i caratteri delle differenti discipline e, quindi, individuando i possibili rimedi reperibili nelle regole generali e soppesandone i diversi effetti; ciò implicherà una rivisitazione del ruolo

⁽¹⁾ C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell’equità nella moderna disciplina dei contratti: proporzionalità dello scambio e tutela della concorrenzialità dei mercati*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, Milano, 2015 p. 2941 s.

tradizionalmente assegnato alle norme codicistiche che prescrivono forme di integrazione del regolamento contrattuale, in particolare dell'art. 1374 c.c.

Si analizzeranno, tra l'altro, alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia che delimitano i poteri di intervento del giudice nei contratti con il consumatore; sarà dato inoltre rilievo ad alcune innovative sentenze della Corte di Cassazione in tema di integrazione giudiziale che significativamente assegnano a tale strumento una funzione diversa da quella tradizionalmente assegnata.

Al fine di offrire un articolato panorama dell'oggetto di studio, particolare attenzione verrà altresì dedicata sia alle indicazioni che provengono dai progetti tesi all'armonizzazione del diritto europeo e dai Principi Unidroit, sia agli aspetti comparatistici, mediante l'analisi di specifiche discipline previste in tema di integrazione contrattuale da diversi ordinamenti europei, nonché con riguardo alle peculiari tecniche adottate nei sistemi di *Common Law*.

CAPITOLO I

L'ETEROINTEGRAZIONE DEL CONTRATTO NEL CODICE CIVILE.

RUOLO E LIMITI DEL POTERE DEL GIUDICE.

SOMMARIO. - **1.1.-** Profili introduttivi: genesi, evoluzione e campo di applicazione dell'art. 1374 c.c. – **1.2.-** L'equità nell'art. 1374: l'ultima fonte di integrazione del contratto. – **1.2.1.-** (Ancora) sull'equità nel codice civile: oltre l'art. 1374 – **1.3.-** Sulla qualificazione della clausola generale di buona fede quale fonte di integrazione del contratto. – **1.4.-** Eterointegrazione del contratto nel diritto inglese, tra *sanctity of contract* e *implied terms*. – **1.5.-** Eterointegrazione del contratto e *soft-law* dell'Unione europea. - **1.6.-** Poteri del giudice nel nuovo diritto francese dei contratti. - **1.7.-** Valore e attualità delle classificazioni, tra visione classica e innovazione: nuovi orizzonti per l'art. 1374 c.c.

1.1.- Profili introduttivi. Genesi, evoluzione e campo di applicazione dell'art. 1374 c.c.

“Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”: nell'ambito dell'indagine circa i nuovi profili dell'eterointegrazione del contratto è opportuno prendere le mosse proprio dall'art. 1374 del codice civile, disposizione che disciplina le fonti di integrazione del contratto⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Integrare un contratto significa completarne il regolamento attraverso l'introduzione di regole ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dalle parti, oltre che tramite la loro circoscrizione e limitazione. A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, pp. 462 - 463, sostiene che l'integrazione “aggiunge cose

Tale norma può essere considerata come una versione riveduta e corretta dell'art. 1124 del codice Pisanelli del 1865, che testualmente prevedeva che “*i contratti devono essere eseguiti di buona fede ed obbligano non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano*”⁽²⁾. Il codice post-unitario racchiudeva in un'unica disposizione, ambigua nella formulazione, sia le fonti di integrazione del contratto sia il riferimento alle modalità esecutive dello stesso. Quest'ultimo tema, invece, è stato disciplinato dal Legislatore del 1942 in una disposizione *ad hoc*, l'art. 1375 c.c., separando pertanto il riferimento alla clausola generale di buona fede da quello all'equità⁽³⁾ e rimarcando quindi una distinzione già presente nel Code Napoléon⁽⁴⁾.

implicate dal testo, cioè da esso non espresse neppure implicitamente, ma ad esso collegate da regole esterne al contratto, e va sempre oltre il suo orizzonte semantico”. Per una vasta bibliografia sul tema dell'integrazione contrattuale, si rinvia a F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in F. Volpe (a cura di), *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016, pp. 175 - 176.

⁽²⁾ Il codice civile del 1942, in materia di obbligazioni, è conforme alla disciplina del codice del 1865, del quale sono rimasti immutati i principi fondamentali; a tal proposito v. G. PANDOLFELLI, *Libro delle obbligazioni. Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942, p. 39. L'Autore sostiene che nelle due leggi delega al Governo ci sarebbe stato un limite di questo tipo, in quanto tale materia non necessitava di riforme epocali a livello concettuale, “bensì miglioramenti di forma, sporadici ritocchi di sostanza, abbandono di qualche vecchia formula, rammodernamento e vivificazione in qualche parte, con un profondo senso di socialità e un più completo regolamento di qualche istituto lasciato nell'ombra dai nostri vecchi codici. (...) Degli articoli modificati, quelli che contengono innovazioni sostanziali sono la più piccola parte; la maggiore è rappresentata da quelli in cui soltanto la forma è stata perfezionata con un testo nuovo e più idoneo a disciplinare il rapporto dato, ad eliminar dubbi e controversie giurisprudenziali, a correggere vizi teorici”.

⁽³⁾ F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537, descrive l'art. 1374 c.c. come “una norma che, menzionando l'equità e omettendo consapevolmente di affiancarvi la buona fede (...), imprime una svolta chiarificatrice alla commistione tra buona fede ed equità che rendeva ambigua ed inconcludente la corrispondente norma dell'art. 1124 del codice civile del 1865”. V. altresì F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 226 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, Torino, 2004, p. 22 ss.

⁽⁴⁾ L'art. 1134 del Code Napoléon dispone che “le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte. Non possono essere revocate che, o per mutuo loro consenso, o per le cause autorizzate dalla legge. Esse devono essere eseguite di buona fede” (“*doivent être exécutées de bonne foi*”); l'art. 1135, invece, statuisce che “le convenzioni obbligano non solo a ciò che vi si è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la sua natura” (“*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimée, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*”).

Quanto all'ambito applicativo dell'art. 1374 c.c., la dottrina e la giurisprudenza più risalenti furono concordi nel ritenere l'integrazione come una delle fasi costitutive del procedimento di interpretazione del contratto⁽⁵⁾. Di conseguenza la norma in esame poteva trovare applicazione nei soli casi in cui fossero presenti lacune nel regolamento contrattuale, con la funzione di "sviluppare il contenuto volontario espressamente manifestato dai contraenti nel contratto per colmare alla stregua di esso le carenti previsioni dell'accordo"⁽⁶⁾. Secondo gli orientamenti *de quibus*, pertanto, l'integrazione del contratto sarebbe affine al procedimento logico elaborato per l'integrazione della legge, basato sull'auto-integrazione e sul dogma dell'onnipotenza del legislatore, il cui diretto corollario è l'attitudine dell'ordinamento giuridico ad auto-completarsi⁽⁷⁾. Si riteneva, quindi, che come nell'ordinamento le lacune sono colmate grazie alle potenzialità già insite nelle norme in vigore, così nel campo dei contratti le lacune determinatesi a seguito di una scarsa regolamentazione contrattuale possono essere riempite in virtù della forza espansiva delle stesse clausole del contratto.

⁽⁵⁾ G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 192 ss., a proposito dell'operazione sottesa all'applicazione dell'art. 1374 c.c., parla di "interpretazione integrativa"; secondo G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 256, "il fenomeno dell'integrazione, nei termini previsti dall'art. 1374 c.c., altro non è che una sorta di proseguimento di un unico itinerario interpretativo che se ruota attorno all'art. 1362 c.c., ha i suoi punti intermedi più qualificanti negli artt. 1366, 1368, 1369 c.c., ma che trova il suo inizio già nell'art. 1340 c.c. e il suo approdo logico e naturale appunto nell'art. 1374 c.c.". *Contra*, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 230, a parere del quale l'art. 1374 avrebbe "una funzione non più interpretativa, bensì integrativa del negozio", non essendo diretto alla "ricostruzione della volontà negoziale, ma ad integrare gli effetti di quella volontà, in quanto la stessa, malgrado l'interpretazione, risulti incompleta (...), con gli effetti che la stessa legge, attraverso le sue varie norme, e in particolare quella che richiama il principio di buona fede, o gli usi normativi o l'equità, ricolleghino suppletivamente all'esercizio dell'autonomia privata. Con questa integrazione successiva all'interpretazione la legge continua a sorreggere l'autonomia privata, in cui soccorso viene anche prima dell'interpretazione, ad esempio con la speciale norma suppletiva, per cui s'intendono inserite nel negozio le cosiddette clausole d'uso, se non risulti una diversa volontà (art. 1340)".

⁽⁶⁾ Così M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 66.

⁽⁷⁾ Come viene evidenziato da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, rist. 2004, p. 3 ss.

Un siffatto assetto non pare oggi condivisibile, in quanto tende a svuotare eccessivamente la reale portata dell'art. 1374 c.c.⁽⁸⁾; inoltre non si può non tenere in considerazione che, come si avrà modo di osservare nel prosieguo, il ricorso al procedimento di integrazione del contratto non è (più) strettamente condizionato dalla sussistenza di lacune originariamente presenti nel regolamento negoziale elaborato dai contraenti, a differenza di quanto accade per il ricorso al procedimento analogico in campo legislativo.

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso viene riconsiderato il significato della disposizione in esame, pervenendo alla considerazione che le determinazioni delle parti rappresentano la più rilevante, ma non l'unica fonte del regolamento contrattuale, alla costruzione del quale contribuiscono infatti anche le fonti eteronome. Il contenuto negoziale, pertanto, non può essere scisso dagli effetti legali del negozio stesso, a differenza di quanto sostenuto fino a quel periodo dalla tesi tradizionale⁽⁹⁾, che distingueva tra contenuto dell'atto ed effetti dallo stesso prodotti. Quest'ultima contrapposizione implicava il riconoscimento della distinzione tra norme giuridiche aventi ad oggetto la formazione del contenuto contrattuale tramite l'accordo delle parti e norme che, invece, concernono i suoi effetti; l'art. 1374 c.c. veniva ricompreso nella seconda categoria⁽¹⁰⁾. Grazie agli studi della dottrina in esame si perviene quindi al graduale superamento della concezione che la norma in questione abbia una mera funzione suppletiva della volontà dei contraenti e giunge all'idea di contratto come prodotto di fonti eterogenee, tra loro parificate.

⁽⁸⁾ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 67., descrive come "assolutamente svalutativo" il filone di pensiero in questione.

⁽⁹⁾ A tal proposito, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 89 ss.: "la contrapposizione contenuto-effetto perde ogni serio fondamento", poiché nel contenuto "penetrano le determinazioni poste dalle norme di legge (o dall'atto del giudice)"; sul punto cfr. anche M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, Milano, 2013, p. 9 ss.

⁽¹⁰⁾ Ricostruisce l'evoluzione del rapporto tra contenuto ed effetto del contratto R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1379 ss.: "un tempo si affermava che le vicende prodotte dal contratto *praeter voluntatem*, a differenza delle vicende volute dalle parti, sono estranee al contenuto del contratto. Sul piano del fatto, cioè, le vicende volute, e solo quelle, apparivano riferite alla volontà delle parti; mentre sul piano degli effetti si intrecciavano con esse le vicende imposte dalla legge, o dalle regole (equitative, consuetudinarie) cui la legge fa rinvio. Ultimamente questa sistemazione è stata sconfessata con molta vivacità. (...) Se consideriamo il contratto come regolamento, non c'è posto per la distinzione tra contenuto ed effetto".

Ai fini del presente lavoro, si ritiene opportuno *in primis* analizzare la fonte di eterointegrazione del contratto disciplinata dall'art. 1374, l'equità, per ricostruirne il significato, il valore originario e il percorso evolutivo che l'ha contraddistinta.

1.2.- L'equità nell'art. 1374 c.c.: l'ultima fonte di integrazione del contratto.

La natura dell'equità⁽¹¹⁾, fonte di integrazione giudiziale⁽¹²⁾ che chiude la formulazione dell'art. 1374 c.c., è stata oggetto di dibattito fin dall'epoca dell'Antica Grecia e risulta tuttora contornata da incertezze nel panorama degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali moderni⁽¹³⁾. Un alone di mistero ha infatti da sempre

⁽¹¹⁾ C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti: proporzionalità dello scambio e tutela della concorrenzialità dei mercati*, cit., p. 2929 ss.; sul tema si segnalano altresì le seguenti opere: S. ROMANO, *Equità (dir.priv.)* (voce), in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 90 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 205 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., *passim*; F. GALGANO, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 419 ss.; G. ALPA, *L'equità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 231 ss.; ID., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, cit., p. 611 ss.; P. PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1149 ss.; G. TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 469 ss.; A. D'ANGELO, *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 939 ss.; F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537 ss.; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, *passim*.

⁽¹²⁾ Osserva E. CAPOBIANCO, in *Integrazione e correzione del contratto*, cit., p. 13, che l'integrazione secondo (buona fede ed) equità "non è necessariamente giudiziale", poiché il giudice interverrà solo in caso di controversia "applicando quelle regole così come avrebbero dovuto già applicarle le parti". Cfr. altresì A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, cit., p. 436: secondo l'A. fonte di integrazione "è la legge, e per sua scelta gli usi o l'equità, che costruiscono la regola pattizia incrementandola di sensi che in sé non ha ma che la legge vi connette così che l'uno implica l'altro". Sul tema, in modo ampio, E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norme. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 701 ss.

⁽¹³⁾ C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, p. 1 ss.: "equità è un termine straordinariamente polisemantico e perciò non facile da inquadrare entro confini certi e definiti che chiaramente ne delineino i possibili contenuti". Sul tema, cfr. altresì F. GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 461 ss., secondo il quale "che cosa sia, propriamente, il giudizio secondo equità resta ancora un mistero". G. TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e impr.* 1998, p. 471 ss. Occorre precisare che il criterio equitativo preso in considerazione quale fonte di integrazione del contratto è altro rispetto all'equità disciplinata nel codice di procedura civile, in base alla quale le parti possono chiedere al giudice (art. 114 c.p.c.) o agli arbitri (art. 822 c.p.c.) di risolvere la controversia, enunciando la regola alla stregua della quale dirimere la lite. Uno degli studi che ha maggiormente contribuito all'analisi dell'integrazione del contratto, dando specifico rilievo all'equità, risale agli

avvolto l'equità, termine etimologicamente riconducibile al sanscrito *aiḱà* (temperanza, uguaglianza, proporzionalità), chiaramente polisenso e sempre più spesso abbinato (se non addirittura sovrapposto) alla buona fede⁽¹⁴⁾ richiamata dall'art. 1375 c.c., norma in materia di modalità esecutive del contratto. Se è indiscussa la natura di clausola generale della buona fede⁽¹⁵⁾, non altrettanto può sostenersi a proposito dell'equità, che certamente non è una clausola generale, quanto piuttosto un criterio di giudizio⁽¹⁶⁾.

anni Sessanta del secolo scorso ed è stato condotto da F. GAZZONI, in *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970: tale autorevole corrente di pensiero presenta alcune interessanti osservazioni sul ruolo del giudice e sul suo (eventuale) potere correttivo, proponendo una soluzione equilibrata e non estrema.

⁽¹⁴⁾ Equità e buona fede sono state indicate come “due compagni di (un) viaggio” che ha preso avvio dal diritto romano ed è tutt'oggi in corso: così F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537, il quale sottolinea la necessità di riproporre un regolamento di confini tra le due nozioni, sottolineando come “la buona fede, nella sua qualità di clausola generale per eccellenza (...) si pone come norma ponte con i principi esprimenti i valori fondanti del sistema ed in particolare con i principi costituzionali”. Sul ruolo della buona fede nel processo di elaborazione di un diritto omogeneo europeo dei contratti, E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Milano, 2006, p. 507 ss.

⁽¹⁵⁾ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 13: “Non si può svalutare l'importanza pratica della questione di regolamento di confini tra buona fede ed equità, sul riflesso che sotto l'uno o l'altro nome il giudice finirebbe col compiere operazioni della medesima specie. Si tratta di operazioni essenzialmente diverse, ed è importante distinguerle perché occorre evitare che sotto il nome della buona fede si insinuino un giudizio di equità modificativo del regolamento legale”. Per C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29, la buona fede è “la clausola generale per eccellenza”. Dubita che la buona fede nella fase delle trattative precontrattuali possa essere qualificata come clausola generale G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 258 ss. Per ulteriori annotazioni, si rinvia a A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 67, sub nota n. 97.

⁽¹⁶⁾ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. III, *Diritto privato. Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 539, afferma perentoriamente che “l'equità non è una clausola generale, non individua parametri per la formazione giudiziale di regole di decisione. Essa è un criterio di giudizio rapportato a circostanze di fatto irriducibili a tipologie generali, delle quali il giudice è tuttavia autorizzato a tenere conto ai fini dell'integrazione delle lacune del contratto secondo esigenze di giustizia del caso concreto”. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 89, evidenzia come “la buona fede ha finito per occupare uno spazio che avrebbe potuto essere dell'equità. Sicché nel modo di interpretare la funzione di quest'ultima nell'art. 1374 c.c. deve essere privilegiata la soluzione che attribuisce alla norma un valore ricognitivo di tutte le ipotesi espressamente previste dalla legge, giungendo in questo modo ad affermare la necessità di un'interpretazione restrittiva della norma stessa. Mentre soltanto alla buona fede va attribuito il carattere di clausola generale, come tale dotata di portata precettiva autonoma”.

Ciò precisato, si osserva che, da una parte, la dottrina maggioritaria ritiene che sussista una netta differenziazione tra le due nozioni, alle quali compete uno spazio applicativo del tutto opposto⁽¹⁷⁾; dall'altro lato alcuni Autori escludono che vi sia una distinzione tra i due concetti, riconducendo equità e buona fede nella categoria delle c.d. norme di opinione⁽¹⁸⁾. Pare necessario, pertanto, cercare di riproporre (*rectius*, individuare) un “regolamento di confini”⁽¹⁹⁾, esaminando separatamente l'equità e la buona fede nell'ambito della materia dell'integrazione contrattuale.

Occorre evidenziare, in via preliminare, che nel nostro ordinamento non è rintracciabile (né lo è mai stato in passato) un principio generale che imponga l'equità degli accordi negoziali, che legittimi cioè in astratto un intervento invasivo da parte del giudice differente ed ultroneo rispetto a quello prescritto, con funzione suppletiva delle regole convenzionali, in singole disposizioni di legge⁽²⁰⁾. È condivisibile l'innalzamento dei livelli di guardia dinanzi allo spettro dell'introduzione, nel nostro sistema giuridico, di una figura generale e generalizzata di “contratto a prestazioni

⁽¹⁷⁾ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 16, segnala come la diffidenza verso le clausole generali e la differenziazione tra esse e principi generali sia destinata a permanere “fino a quando non saranno rimosse le difficoltà di una discussione razionale sui valori”. Sulla distinzione netta tra equità e buona fede, si veda altresì C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, rist. 1983, p. 211 ss.

⁽¹⁸⁾ R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 1393 ss.; ID., *L'abuso della libertà contrattuale*, in AA. VV., *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 217 ss., secondo il quale “regola di buona fede e divieto di abusare della libertà non sono entità né diverse, né lontane, né incompatibili”.

⁽¹⁹⁾ F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 555.

⁽²⁰⁾ Nella *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, Roma, 2010 (rist.), n. 656, si legge che “l'equilibrio tra le prestazioni delle parti o l'equità del vantaggio conseguito da una di esse costituisce l'ideale di una sana circolazione dei beni, di una feconda cooperazione delle economie e delle attività individuali; rappresenta la giustificazione e il presupposto della tutela data dal diritto all'autonomia; costituisce la condanna e la sanzione dello spirito egoistico che possa eventualmente penetrare nei rapporti in violazione del dovere di solidarietà che deve dominare il comportamento delle parti”; tuttavia, “una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'equità o la sproporzione delle condizioni in esso dedotte, sarebbe stata, non soltanto esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni; tanto più che avrebbe resa necessaria una valutazione obiettiva delle situazioni contrapposte, là dove spesso, nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscettibili di un controllo adeguato”. In giurisprudenza si segnala Cass., 26 marzo 1996, n. 2653, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 342: in detta pronuncia, la S.C. afferma che “l'ordinamento italiano non conosce un principio di necessaria equivalenza delle prestazioni, onde l'eventuale squilibrio economico di queste, quando non rientra in altre figure (...) (come la rescissione), non ne inficia la validità”.

squilibrata”, che legittimerebbe gli organi giudicanti a sindacare l’equità di qualsivoglia pattuizione, al fine di valutare la proporzionalità dei diritti ed obblighi a carico di ciascuna delle parti⁽²¹⁾.

Tornando alla nozione in esame, si segnala che il termine “equità” ha innescato dibattiti che si sono concentrati sul corretto significato che ad esso vada attribuito: talvolta “equità” è stata riferita esclusivamente al potere discrezionale del giudice, talaltra ad un generico senso di umanità e benevolenza, in altri casi ad una norma non giuridica⁽²²⁾. Secondo parte della dottrina è opportuno analizzare e definire l’equità nell’ambito del diritto positivo, ravvisando che nel vigente codice civile si nota una maggiore attenzione al principio di solidarietà rispetto al codice del 1865, improntato ad un eccessivo individualismo⁽²³⁾. La dottrina maggioritaria più recente pare inquadrare, in modo condivisibile, il concetto *de quo* nella nozione di equilibrio contrattuale⁽²⁴⁾ e di “giusta proporzione tra le prestazioni”⁽²⁵⁾. Infatti l’equità codicistica non interviene in un momento patologico del rapporto contrattuale, ma è uno strumento che “viene in considerazione sotto un profilo meramente quantitativo, costituisce cioè un criterio di valutazione della posizione reciproca delle parti dal

⁽²¹⁾ In tal senso, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 231. In senso opposto, N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, cit., p. 235: “in un momento in cui il contratto tende sempre più a diventare modello di governo della società, (...) il diritto non può (...) limitarsi, negando se stesso, a ratificare i rapporti di forza consumati nel mercato e deve farsi carico di una gerarchia di valori intorno ai quali ruota l'equilibrio stesso della convivenza civile”.

⁽²²⁾ Per una completa classificazione delle differenti nozioni di equità, G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 611 ss.: v. altresì F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 11; alla luce della moltitudine di orientamenti circa la sua definizione, gran parte della dottrina ritiene, non a caso, che la nozione di equità costituisca un “mistero”, come afferma F. GALGANO, *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, in *Giurispr. sistem. dir. civ. comm.*, Torino, 1999, p. 383 ss.; cfr. altresì G. TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, cit., p. 471.

⁽²³⁾ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 92.

⁽²⁴⁾ F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 837 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede*, cit., p. 83 ss.; N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, cit., p. 230 ss. V. altresì, per i numerosi riferimenti bibliografici, M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 567 ss.

⁽²⁵⁾ R. SACCO, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 1393 s.; U. BRECCIA, in AA. VV., *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 1999, p. 195 ss.

punto di vista esclusivamente patrimoniale”⁽²⁶⁾; l’equità richiamata dall’art. 1374 c.c. tra le fonti di integrazione del contratto, in posizione gerarchicamente subordinata alla legge e agli usi⁽²⁷⁾, differisce da essi perché non è fonte di norme generali e astratte, ma norma del caso concreto, di creazione giudiziale.

È necessario sottolineare, peraltro, che l’ampliamento dei poteri del giudice è visto con sospetto da molta dottrina⁽²⁸⁾, alla luce della considerazione della rilevanza dell’autonomia privata quale fonte principale del regolamento contrattuale. Invero il potere *de quo* non è assoluto, ma sottoposto a due limiti: innanzitutto il giudice deve ancorare qualsiasi suo giudizio ai principi fondamentali dell’ordinamento, in particolare al principio di ordine pubblico economico dell’efficienza del mercato concorrenziale; il secondo limite è segnato dall’assetto di interessi stabilito dalle parti nell’esercizio dell’autonomia privata. Si ritiene che proprio quest’ultimo profilo tratteggi una macroscopica e sostanziale linea di demarcazione tra equità quale regola integrativa-suppletiva e buona fede integrativa o, *rectius*, doveri integrativi fondati sulla buona fede: infatti questi ultimi possono risultare autonomi rispetto all’esecuzione

⁽²⁶⁾ F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, p. 244. L’A. richiama la tesi elaborata da L. BIGLIAZZI GERI, *Interpretazione del contratto*, Milano, 1991, p. 358 s.; C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell’equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2933, precisa che “il ricorso a tale parametro, volta a volta affidato al giudice per determinare in concreto elementi mancanti della convenzione negoziale, implica il perseguimento di una «equilibrata composizione degli interessi dei contraenti», ovvero di un congruo assetto tra utilità e valori del singolo scambio”.

⁽²⁷⁾ Parte della dottrina invita a rivisitare non solo il contenuto, ma anche l’apparente struttura gerarchica dell’art. 1374 c.c.: si veda P. PERLINGIERI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 466 s.; N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull’interpretazione e sull’integrazione del contratto?*, cit., p. 215 ss.; *contra*, A. FEDERICO, *Profili dell’integrazione del contratto*, cit., p. 63 ss.: “l’opinione più accreditata in dottrina è che l’integrazione dell’accordo non solo è limitata a quanto non sia nel medesimo espresso, ma anche che debba procedere nell’ordine successivo e gerarchico delle fonti (leggi, usi, equità) indicate dall’art. 1374”; all’equità “è affidato il compito di integrare, in ultima istanza – in presenza di lacune e/o incompletezze, che non possano essere colmate dal diritto dispositivo o dagli usi – il regolamento contrattuale”. L’A. precisa tuttavia che tali lacune “non devono essere tali da compromettere la validità stessa del contratto ai sensi degli artt. 1346 e 1418, 2° co., c.c.”. Il codice civile del 1865, così come il Code Civile francese presentavano le fonti di integrazione in ordine invertito rispetto a quello accolto nel 1942: sul punto v. F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 543; C. GRASSETTI, *L’interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983 (rist.), p. 189 ss.

⁽²⁸⁾ Si veda F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 164.

dell'obbligazione principale (ad esempio: i doveri di protezione, finalizzati alla tutela della persona dell'altro contraente e del suo patrimonio) ⁽²⁹⁾.

Il contratto è dunque una risultante di fonti variegata, rappresentate dalla volontà delle parti, dalla legge e dall'opera del giudice: l'autonomia privata ha perso il monopolio del regolamento contrattuale, senza peraltro mutare natura per l'intervento di fonti esterne⁽³⁰⁾. Si ritiene che l'equità ampli il contenuto del contratto: ciò corrisponde al vero in tutti quei casi in cui la prestazione può essere determinata dal giudice con equo apprezzamento⁽³¹⁾; ad ogni modo l'equità interviene anche in senso uguale e contrario a quanto appena illustrato, vale a dire nella direzione di una riduzione della prestazione contrattuale⁽³²⁾.

Sottintesa la lontananza concettuale tra il giudizio secondo equità, da un lato, e l'arbitrio assoluto del giudice dall'altro, pare conveniente porre in evidenza che tale giudizio implichi un prudente apprezzamento delle circostanze del caso, cioè quelle sussistenti al momento della conclusione del contratto e che determinarono il punto di incontro e di fusione dei consensi dei contraenti.

In giurisprudenza non è possibile individuare un orientamento risolutivo e univoco, alla luce dello scarso numero di sentenze in merito⁽³³⁾. L'esame delle sporadiche applicazioni giurisprudenziali del principio equitativo in materia di integrazione del contratto pone in luce come ad esso si sia fatto ricorso con funzione

⁽²⁹⁾ C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2934 s.; F. BENATTI, *Doveri di protezione* (voce), in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1992, p. 221 ss.; F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 839 ss.

⁽³⁰⁾ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 211; ha un'opinione contraria A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1967, p. 53.

⁽³¹⁾ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 223; F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1970, p. 254 con riferimento, però, all'abrogato art. 1124 c.c. Pisanelli.

⁽³²⁾ Emblematici sono i casi degli artt. 1384 e 1526 c.2 c.c. circa la riduzione della penale manifestamente eccessiva e la riduzione dell'importo dell'indennità pattuita in caso di risoluzione del contratto di vendita con patto di riservato dominio.

⁽³³⁾ Cass., 2 aprile 1947, n. 503, in *Foro Pad.*, 1947, I, c. 281 in cui si afferma che "l'equità è, a norma dell'art. 1374, un elemento sussidiario, non tanto per l'interpretazione delle norme contrattuali, quanto per derivarne, oltre e in aggiunta alla volontà manifestata dalle parti, elementi apprezzabili al fine di determinare i limiti e il contenuto delle obbligazioni contratte".

“essenzialmente determinativa, o come è stato detto, completiva”⁽³⁴⁾, vale a dire in quelle fattispecie in cui fosse necessaria una precisazione dei diritti ed obblighi derivanti in capo alle parti dal regolamento contrattuale, non avendone le stesse definito l’entità e la misura⁽³⁵⁾.

In conclusione sul punto: non pare corretta la tesi che ha presentato il giudizio equitativo come fondato sulla pura discrezionalità del giudice⁽³⁶⁾ né quella secondo cui il giudice, integrando il contratto *ex art.* 1374 c.c. con riferimento all’equità, operi con discrezionalità più ampia rispetto a quella che adotta qualora decida senza poteri equitativi. Inoltre non si può prescindere dal sottolineare e ribadire l’assenza, nel nostro ordinamento giuridico, di un principio in base al quale i contratti debbano avere un contenuto giusto, equo ed equilibrato, in quanto lo strumento contrattuale ha la funzione fondamentale di regolare gli interessi delle parti, essendo queste unici arbitri dei propri interessi⁽³⁷⁾. Invero, la decisione equitativa è elaborata dal giudice

⁽³⁴⁾ Così A. FEDERICO, *Profili dell’integrazione del contratto*, cit., p. 81 e, *ivi*, sub nota n. 133.

⁽³⁵⁾ La Sezione Lavoro della Corte di legittimità ha più volte fatto ricorso al criterio dell’integrazione equitativa in rapporti contrattuali: Cass., sez. Lav., 4 giugno 1992, n. 6809, in *De Jure*, Giuffrè, afferma che l’intervento equitativo del giudice ai fini dell’integrazione del contratto *ex art.* 1374 c.c. è “un principio generale immanente in tutto l’ordinamento giuridico e valido quindi anche per il diritto alla navigazione”; v. altresì Cass., sez. lav., 1 luglio 2004, n. 12105, in *De Jure*; Cass., sez. lav., 20 luglio 1989, n. 3430, in *De Jure*; Cass., sez. Lav., 12 aprile 1989, n. 1742, in *Orient. Giur. lav.*, 1989, 443, 720.

⁽³⁶⁾ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 106, sub nota n. 47.

⁽³⁷⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 464: “La giustizia e l’equilibrio del contratto sono decisi fundamentalmente dalle parti stesse”. Sul punto, cfr. altresì Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 307; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 309 ss; M. COSTANZA, *Meritevolezza di interessi e equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 423 ss; N. IRTI, in AA. VV., *Persona e mercato. Lezioni a cura di Vettori*, Padova, 1996, p. 95; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 417 ss.; G. GRISI, *L’autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell’economia*, Milano, 1999, p. 180 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; U. PERFETTI, *L’ingiustizia del contratto e le tutele*, Milano, 2000, *passim*; D. RUSSO, *Sull’equità dei contratti*, Napoli, 2001, *passim*; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, cit., p. 441 ss.; A. GENTILI, *De iure belli: l’equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, 153 ss.; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., 29 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

sulla base delle regole di esperienza desunte dai rapporti di mercato⁽³⁸⁾, entro il limite disegnato dagli interessi delle parti del rapporto contrattuale.

Sul valore autonomo o ricognitivo dell'equità ex art. 1374 c.c.

Un'ulteriore questione, dibattuta fin dall'entrata in vigore del codice civile e concernente l'equità, riguarda il suo valore autonomo ovvero sintetico-ricognitivo: ci si chiede infatti se il richiamo ad essa, contenuto nell'art. 1374 c.c., costituisca un'espressione di sintesi valida a richiamare tutte le rare disposizioni contenute nel codice che attribuiscono al giudice l'esercizio di un potere equitativo.

Pare opportuno evidenziare fin da subito come, anche in questo ambito, "l'equità altro non è se non un criterio di giudizio", con il quale l'autorità giudiziaria partecipa alla costruzione del regolamento contrattuale e "non può essere adoperato in relazione a qualsiasi profilo del contratto, ma unicamente per far assumere rilevanza a talune circostanze di esso"⁽³⁹⁾. Queste circostanze non sono però evanescenti profili soggettivi, bensì sono indicate dalla legge ogniqualvolta questa domanda al giudice di valutare secondo equità. Poste queste premesse, bisogna necessariamente considerare che l'equità non opera sullo stesso piano delle altre fonti di integrazione del regolamento contrattuale essenzialmente per tre motivi:

- è gerarchicamente collocata all'ultimo posto;
- presuppone che una legge non abbia disposto in materia;
- implica una valutazione sulle circostanze del contratto che può essere accordata solo e soltanto da una esplicita norma che fornisca l'autorizzazione⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ In merito al temperamento degli interessi dei contraenti in modo conforme ai valori di mercato, M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 86 s.; G. TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, cit., p. 484; S. RODOTÀ, *Quale equità?*, in AA. VV., *L'equità*, Milano, 1975, p. 50 ss.; l'A. evidenzia come l'ideologia sottesa a tali regole sia di stampo liberista, in base alla quale "il mercato è il luogo dove si formano gli equilibri meglio corrispondenti agli interessi in giuoco e, quindi, per definizione equi". L. EINAUDI, *Principi di scienza delle finanze*, Torino, 1948 rileva che il prezzo di mercato, di norma, è il prezzo giusto, equo.

⁽³⁹⁾ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 222, 225.

⁽⁴⁰⁾ S. RODOTÀ, *ult. op. cit.*, p. 246.

L'equità dell'art. 1374 c.c. ha pertanto un valore sintetico-ricognitivo di tutte le disposizioni che la chiamano in causa⁽⁴¹⁾; essa presenta tuttavia un certo tasso di autonomia nei casi in cui le disposizioni codicistiche rimettono al giudice la determinazione dell'oggetto dell'obbligazione, senza prescrivere alcuna regola⁽⁴²⁾. In altre norme, invece, viene offerta indicazione del criterio da seguire nella determinazione⁽⁴³⁾.

L'equità presenta dunque un triplice valore: in alcuni casi assurge al ruolo di criterio di sintesi, qualora le singole disposizioni del codice la indichino insieme alla direttiva cui il giudice deve attenersi; in altri casi vale come “norma in bianco” che può colorarsi laddove un'altra disposizione richieda l'intervento del giudice senza indicare alcun criterio di misura del suo potere; in altri ancora vi si può far ricorso al fine di integrare il criterio previsto *ex lege*, anche quando non sussista alcun esplicito richiamo all'equità⁽⁴⁴⁾.

1.2.1.- (Ancora) sull'equità nel codice civile: oltre l'art. 1374 c.c.

E' possibile suddividere le altre norme del codice civile, diverse dall'art. 1374, che richiamano il concetto di equità in due gruppi⁽⁴⁵⁾:

I) Ipotesi relative alla determinazione di un corrispettivo o di altre prestazioni non monetarie (cfr. ad esempio art. 1657, contratto di appalto; art. 1755, c. di mediazione; art. 1733 c. di commissione); in questi casi il legislatore consente l'intervento equitativo del giudice solo quando:

⁽⁴¹⁾ Sostiene questa tesi G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 328.

⁽⁴²⁾ Ad esempio l'art. 2099 c. 2 del codice civile, ove si afferma che “in mancanza di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice, tenuto conto, ove occorra, del parere delle associazioni professionali”.

⁽⁴³⁾ E' il caso previsto dall'art. 2225 c.c., in cui al giudice è chiesto di determinare il corrispettivo nel contratto d'opera seguendo il criterio del risultato ottenuto e del lavoro normalmente necessario per ottenerlo.

⁽⁴⁴⁾ Si veda, con riferimento all'art. 1349 c.c., Cass., 5 agosto 1983, n. 5272, in *Mass. Foro it.*

⁽⁴⁵⁾ Per la classificazione delle norme che richiamano l'equità, C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2935 s.

- a) la misura del corrispettivo non sia stata stabilita dai contraenti;
- b) le parti non abbiano indicato criteri per determinarla;
- c) non si possa ricorrere ad altri parametri oggettivi rinvenibili nelle tariffe o negli usi inerenti allo specifico contratto.

II) Ipotesi nelle quali il giudice definisce in via equitativa compensi o indennizzi o, comunque, prestazioni monetarie, qualora venga meno il vincolo negoziale (ad esempio, art. 1447, rescissione del contratto concluso in istato di pericolo; art. 1526, risoluzione del contratto di vendita con riserva di proprietà); l'equità deve in tali casi rimediare agli squilibri economici originatisi a seguito del venir meno del contratto, supplendo al vuoto regolamentare.

Nei due gruppi di ipotesi, l'intervento riequilibratore del giudice nel quantificare corrispettivi – compensi – indennizzi, risulta circoscritto dal limite segnato dagli interessi dei contraenti, dedotti nel regolamento negoziale.

Si può affermare che il legislatore del 1942 ha sì scritto equità, pensando tuttavia a una nozione corrispondente a quella di “normalità economica”: il rinvio all'equità è finalizzato a rendere possibile, nei casi previsti nel codice, corrispondenza tra giudizio giuridico e giudizio economico in alcuni rapporti tra privati.

L'equità si genera dunque nel mercato ed è strumento con cui inserire nel diritto positivo i principi non codificati dello scambio; essa è unità di “misura”⁽⁴⁶⁾ che riproduce valori economici presenti nel mercato.

L'applicazione dell'equità non dà luogo a una regola⁽⁴⁷⁾ e non è perciò classificabile quale clausola generale, e d'altro lato non è racchiudibile nemmeno nella formula “giustizia del caso concreto”, dato che con essa ogni contratto è ricondotto a criteri oggettivi universali quali quelli di mercato e, inoltre, a valori morali ed etici come la correttezza nelle negoziazioni, confliggenti con il vecchio carattere individualizzante del giudizio equitativo.

Il vigente codice civile non è stato quindi calibrato dal legislatore per consentire una reazione contro le specifiche forme di abuso che incidono sulla libertà economica

⁽⁴⁶⁾ Per il concetto di misura si veda S. ROMANO, *Equità*, (voce), in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1958, p. 83 ss.

⁽⁴⁷⁾ S. RODOTA', *Le fonti di integrazione*, cit., p. 205 ss.

del singolo, poiché con riferimento ad esse sono assenti, al di là del potenziale ricorso alle clausole generali, strumenti peculiari diretti a reprimere gli squilibri contrattuali che ledono l'equilibrio e il buon andamento del mercato.

Occorre domandarsi come mai il codice civile non contempra in modo specifico le alterazioni del mercato realizzate da condotte abusive del contraente "forte".

Pare plausibile sostenere che determinante in tal direzione è stata la chiara volontà del legislatore del '42 di superare la distinzione tra codice civile e codice del commercio, sfociata nella previsione di una regolamentazione unitaria dei rapporti contrattuali, a prescindere dal fatto che una o entrambe le parti sia un imprenditore, il quale possa, alla luce della sua peculiare posizione di rilevanza economica e sociale, alterare i meccanismi del mercato e quindi bloccare gli ingranaggi dell'efficienza produttiva.

Le norme del codice civile sono legate a una visione individualista e paritaria degli scambi negoziali, sullo sfondo di un immaginato mercato perfettamente concorrenziale (sfondo che da tempo, però, è costantemente contraddetto dalla realtà economico – sociale).

Orbene questa scelta, se letta con le lenti della storia dell'evoluzione della realtà economica e sociale, appare poco attuale e infatti poco conveniente risulta la disciplina unitaria e omogenea dell'iniziativa economica privata e non allineata con l'art. 41, comma II, della Costituzione, ove si prevedono specifici ed ulteriori limiti che incontrano l'iniziativa economica imprenditoriale, riassumibili con la formula "utilità sociale". Questi limiti non sono soltanto soggettivi, con riferimento a condotte che violano la libertà economica del singolo e sono contrarie al dovere di solidarietà economica e sociale, ma anche oggettivi, tesi cioè a garantire l'equilibrio e l'efficienza del mercato.

L'intervento equitativo, come inteso sia dal legislatore del 1942 sia, per molti decenni, dalla dottrina, non si è mai posto come idoneo a sindacare e/o correggere il regolamento contrattuale in cui si rilevassero squilibri normativi o economici, atteso che "in regime di libertà contrattuale, la giustizia e l'equilibrio del contratto sono decisi fondamentalmente dalle parti stesse"⁽⁴⁸⁾. Pertanto l'equità, in un contesto così

⁽⁴⁸⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 464.

tratteggiato, poteva operare solo in via del tutto residuale, colmando le lacune originarie del programma negoziale e garantendo, nelle singole fattispecie concrete, “la misura di dati mancanti e non altrimenti determinabili”⁽⁴⁹⁾.

L'equità interpretativa: la ricerca della normalità economica.

Secondo un Autore le due norme del codice civile in cui si sostanzia il concetto di equità sono l'art. 1371 e l'art. 1374⁽⁵⁰⁾; particolarmente interessante si rivela la formulazione dell'art. 1371, epicamente rubricato “*Regole finali?*” e previsto dal Legislatore per disciplinare l'ipotesi in cui il contenuto del contratto resti oscuro, nonostante la supposta applicazione delle norme ermeneutiche che precedono tale disposizione.

La parte della norma che rileva in questa sede è l'ultima, ove si prevede che qualora il contratto da interpretare sia a titolo oneroso, questo deve essere interpretato nel senso che realizzi l'*equo* temperamento degli interessi delle parti, cioè facendo “dire loro ciò che non hanno esplicitato con chiarezza”⁽⁵¹⁾.

Nella disposizione *de quo*, tuttavia, potrebbe annidarsi un pericolo: se, nonostante il diligente impiego dei mezzi di interpretazione elencati dal codice civile, il contenuto dell'accordo rimanesse ancora poco chiaro, si potrebbe ipotizzare, applicando l'art. 1371, di correre il rischio di forgiare un contratto diverso, “giudizialmente modificato”.

La risposta negativa al predetto timore deriva da molteplici considerazioni: innanzitutto l'art. 1371 è regola di interpretazione finale, residuale e sussidiaria⁽⁵²⁾;

⁽⁴⁹⁾ C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2939.

⁽⁵⁰⁾ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 134.

⁽⁵¹⁾ M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il Codice Civile – Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 146.

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass., sez. lav., 4 gennaio 1995, n. 74, in *Mass. Foro It.*, 1995: “la disposizione di cui all'art. 1371 c.c., che impone di interpretare il contratto nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che esso realizzi l'*equo* temperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso, ha carattere espressamente supplementare, ed è quindi applicabile solo nel caso in cui, malgrado il ricorso a tutti gli altri criteri previsti dagli art. 1362 seg. c.c., la volontà delle parti rimanga dubbia”; Cass., sez. lav., 9 giugno 1995, n. 6520, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1995, p. 757; Cass., sez. lav., 24 ottobre 1989, n. 4328, in *Dir. e pratica lav.*, 1989, p. 3343.

l'equità interpretativa è strumento che può aiutare l'interprete a rendere equilibrate le prestazioni nascenti dall'accordo, secondo il principio del giusto prezzo di mercato. In caso di contratto a titolo oneroso il giudice è legittimato a statuire la norma che permetta un'equilibrata esecuzione delle prestazioni.

In presenza di un contratto *oscuro*, il contemperamento operato secondo equità non sarà la ricerca di una via di mezzo tra gli interessi delle parti, poiché si assumono essi stessi come difficilmente ricostruibili, viste le difficoltà interpretative, bensì la ricerca della *normalità economica*, con riferimento al mondo di relazioni contrattuali cui il regolamento contrattuale in questione è riconducibile.

La giurisprudenza⁽⁵³⁾ tende erroneamente ad accomunare l'art. 1371 all'art. 1366 c.c., norma che dispone che “il contratto deve essere interpretato secondo buona fede”.

Parte della dottrina⁽⁵⁴⁾ ha posto in luce che il ruolo della clausola generale di buona fede invocata dall'art. 1366 è quello di giudizio di stampo qualitativo, che valuta cioè la qualità degli interessi delle parti, al cui contemperamento è finalizzato, con un raggio d'azione che ingloba tutte le circostanze, anche sopravvenute, del caso concreto, sempre ancorato ai principi generali dell'ordinamento.

L'equità contemplata dall'art. 1371 ha invece un altro significato: essa presuppone un giudizio quantitativo, legato a valori squisitamente economici e reso in termini di misura⁽⁵⁵⁾. Una conferma a questa impostazione deriva proprio dalla fisionomia bifronte dell'art. 1371, impostata sulla natura onerosa o gratuita dell'atto.

L'art. 1366 c.c. chiude il processo ermeneutico e non è affatto una regola sussidiaria, finale e residuale, a differenza dell'art. 1371; l'equità interpretativa è uno

⁽⁵³⁾ v. Cass., 11 giugno 1991, n. 6610, in *Società*, 1991, p. 1635, con nota di N. RICCARDELLI, *Società, associazione in partecipazione e autonomia privata*; Cass., 9 novembre 1984, n. 5663, in *Mass. Foro it.*, 1984; Cass., 17 maggio 1982, n. 3040, *ivi*, 1982.

⁽⁵⁴⁾ L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Il codice civile – Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, 1999, p. 358 ss.

⁽⁵⁵⁾ Pone in evidenza A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 215 s., che l'art. 1371 c.c., “pur nell'ambito dell'operazione ermeneutica, enuncia un canone che si richiama ad un giudizio estrinseco (seppur compatibile, nei suoi esiti) alle indicazioni della convenzione. Ed è in tal senso, e perciò, che anche l'equità interpretativa assume una funzione di supplenza che risulta dalla sua estrema residualità di ‘regola finale’”.

strumento deputato a realizzare l'interesse alla conservazione dei contratti, modellandoli al criterio del mercato.

Nell'art. 1371 c.c. è possibile rinvenire un *révirement* legislativo rispetto al codice del 1865, il cui art. 1137 terminava con un generico *favor* per il debitore e quindi non tendeva ad agevolare comunque lo scambio commerciale. L'equità inserita nella norma del codice del 1942 contiene invece l'idea di proporzionalità e reciprocità, attraverso le quali si realizza e garantisce un *habitat* positivo alla circolazione della ricchezza.

1.3.- Sulla qualificazione della clausola generale di buona fede quale fonte di integrazione del contratto⁽⁵⁶⁾.

Come già sopra accennato, questione tanto cruciale quanto controversa concerne la natura del rapporto tra la buona fede e l'equità, istituti che il codice civile disciplina separatamente, annoverando espressamente solo il secondo fra le fonti di integrazione del contratto. È necessario ricostruire la funzione che il Legislatore ha inteso attribuire alla buona fede di cui all'art. 1375 c.c.⁽⁵⁷⁾, disposizione che indica il criterio alla stregua del quale devono essere valutate le modalità esecutive e le regole d'azione necessarie a portare ad attuazione il programma contrattuale.

La dottrina prevalente è propensa ad attribuire alla buona fede, intesa nella sua accezione oggettiva quale dovere delle parti contraenti di comportarsi secondo correttezza, onestà e lealtà⁽⁵⁸⁾, una funzione integrativa del contratto⁽⁵⁹⁾, attraverso un sillogismo aristotelico di questo tipo:

⁽⁵⁶⁾ Per una ricostruzione, anche storico-filosofica, della nozione di buona fede, E. RUSSO, *Jean Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita notarile*, II, 2002, p. 1247 ss.

⁽⁵⁷⁾ L'art. 1375 c.c. dispone che "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede".

⁽⁵⁸⁾ F. GALGANO, *Diritto ed equità*, cit., p. 500, evidenzia come il dovere di comportarsi secondo buona fede "ha la funzione di colmare le inevitabili lacune legislative: la legge, per analitica che sia, non può prevedere tutte le possibili situazioni; non può sempre prevenire, con apposite norme, gli abusi che le parti possono commettere l'una a danno dell'altra" e quindi "il principio generale della correttezza e della buona fede consente di identificare altri divieti e altri obblighi oltre a quelli previsti dalla legge; realizza, come si dice, la «chiusura» del sistema legislativo, ossia offre criteri per colmare le lacune che questo può rivelare nella varietà e molteplicità delle situazioni della vita economica e sociale". V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 465: "«correttezza» è solo una delle espressioni impiegate per spiegare il significato di buona fede. Ma se ne propongono altre:

Premessa maggiore: la legge è fonte di integrazione del contratto

Premessa minore: la buona fede è disciplinata nell'art. 1375 c.c., norma di legge

Conclusione: la buona fede è fonte di integrazione del contratto

In realtà, questa soluzione non pare idonea a diradare alcuni motivi di perplessità, come fa notare la parte oggi minoritaria della dottrina, che sostiene che la buona fede non sia una fonte di integrazione contrattuale: pur riconoscendo a tale clausola generale rilevanza pratica e teorica, alcuni Autori le assegnano esclusivamente una funzione di presidio delle regole sull'esecuzione del contratto⁽⁶⁰⁾.

lealtà, cooperazione con controparte, sensibilità alle sue ragioni, salvaguardia dei suoi interessi, atteggiamento solidale nei suoi confronti". Proprio l'inafasto richiamo alla solidarietà ha consentito di trovare un aggancio normativo della buona fede nell'art. 2 della Costituzione, conducendo a pronunce giurisprudenziali talvolta bizzarre. Cfr. *infra*, nel cap. II, ord. Corte Cost. in materia di riducibilità della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva.

⁽⁵⁹⁾ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 112 ss., sostiene che "tra le fonti del regolamento contrattuale deve essere considerata la normativa di correttezza", non essendo la sistematica adottata dal Codice civile del 1942 di alcun ostacolo "alla possibilità di comprendere la correttezza tra gli strumenti ai quali ricorrere per l'integrazione del contratto"; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, (voce), in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 711, parla di "integrazione del rapporto obbligatorio con le regole della correttezza"; F. GALGANO, *Diritto ed equità*, cit., p. 512: "la norma che impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede è comunemente considerata una norma che concorre a formare il contenuto legale del contratto, a norma dell'art. 1374"; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 172: "l'art. 1375 c.c. costituisce una ipotesi nella quale la legge, ai sensi del precedente art. 1374 c.c., integra il contratto", per cui, anche se "l'integrazione secondo buona fede del contratto ha luogo ad opera di una sentenza", questa clausola generale rientra tra le fonti legali del contratto; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, cit., p. 413 ss.: "sebbene l'art. 1374 nulla dica al riguardo (...) il silenzio dell'art. 1374 è tuttavia apparente in quanto la norma richiama la legge e la legge appunto prevede (...) che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede"; secondo A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 33 ss., la buona fede avrebbe funzione integrativa del contratto in virtù del fatto che "il richiamo alla legge espresso dall'art. 1374 c.c. si estende alla buona fede attraverso la previsione dell'art. 1375 c.c.", anche se "la natura di clausola generale e il conseguente ruolo del giudice comportano peculiari modalità di attuazione del precetto e, in tal senso, un'operazione integrativa giudiziale"; F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, cit., I, p. 845 ss., riconosce funzione integrativa alla buona fede, evidenziando come essa non possa essere ridotta a criterio di valutazione a posteriori della condotta delle parti, poiché la sua violazione dà luogo a una conseguenza di tipo risarcitorio, che "non può dipendere solo da una valutazione di illiceità a posteriori, ma implica la preesistenza di un obbligo o di un divieto, di cui si possa dire che sono stati violati".

⁽⁶⁰⁾ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'Amico – S. Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2015, p. 34 s., in particolare *sub* nota n. 8; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, p. 9 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 180 ss.; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 188: "nessun criterio appare

In particolare, codesta parte di dottrina rileva la debolezza dell'argomentazione sostenuta dalla maggior parte degli studiosi, in base alla quale sarebbe possibile estrapolare dal richiamo alla legge, operato dall' art. 1374 c.c., la diretta operatività della buona fede, in via principale, quale fonte di integrazione del contratto⁽⁶¹⁾. Infatti la buona fede classificata quale fonte di integrazione del contratto alla luce del combinato disposto degli artt. 1374 e 1375 c.c. sarebbe ricompresa nella categoria delle fonti legali; al contempo, nondimeno, attesa la natura di clausola generale attribuita alla buona fede, non si capisce come essa non trovi collocazione, al limite, tra le fonti di integrazione giudiziale, al pari dell'equità. Certamente anche l'equità è richiamata dall'art. 1374 c.c. e da altre norme di legge, ma nemmeno con sforzi di immaginazione immani si potrebbe pensare di considerarla una fonte di integrazione legale.

Si segnala, d'altra parte, che un Autore, il quale ha per primo configurato la buona fede quale fonte di integrazione del contratto, ha avvertito che, nonostante sia rilevante la distinzione tra buona fede integrativa e buona fede esecutiva, “un eccesso di contrapposizione tra il momento dell'integrazione e quello dell'esecuzione rischia di portare ad eccessi nominalistici che non aiutano la comprensione del fenomeno”⁽⁶²⁾. Si tratta di un'osservazione condivisibile: il nominalismo spinto agli eccessi rischierebbe

atto ad effettuare quel determinato tipo di intervento sul regolamento contrattuale o sugli effetti che si è riconosciuto caratteristico della legge, degli usi e dell'equità”; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 360 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 150 ss.: “la funzione che la buona fede *in executivis* è chiamata a svolgere dall'art. 1375 non è – come pure tradizionalmente si ripete – di natura integrativa o completiva, ma ha, invece, carattere eminentemente adattivo”; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1170 ss.; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 98: “sembra da escludere che alla buona fede possa essere attribuita, come alla legge ed in mancanza agli usi o all'equità, la qualifica di fonte di integrazione del programma di interessi cui le parti intendono dare realizzazione e, quindi, fonte di determinazione delle utilità (...) che in forza del contratto le parti si sono vincolate ad assicurarsi”; la buona fede, pertanto, “non può assolvere ai compiti che la legge (anche in via cogente), gli usi o l'equità svolgono in relazione al campo degli effetti giuridici nascenti dal contratto e concorrere anch'essa, come ritiene parte della dottrina, in via primaria e cogente, alla costruzione del regolamento contrattuale”.

⁽⁶¹⁾ A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 345: “verrebbero in tal modo a far parte del regolamento contrattuale anche regole ricostruite *ex post* in virtù della concretizzazione della clausola generale da parte del giudice finendosi così, oltretutto, per sovvertire in via interpretativa la gerarchia delle fonti integrative delineata dall'art. 1374 c.c.”.

⁽⁶²⁾ S. RODOTÀ, *Conclusione: il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)*, Milano, 1987, p. 269.

di alzare una cortina di fumo che impedirebbe un'analisi corretta dei fenomeni giuridici in esame. Tuttavia, anche l'orientamento che esclude la funzione integratrice della buona fede riconosce comunque ad essa una sempre maggiore incidenza eteronoma sul regolamento contrattuale⁽⁶³⁾.

La giurisprudenza, salvo alcune iniziali pronunce di segno negativo⁽⁶⁴⁾ circa la sussistenza e il riconoscimento della buona fede integrativa, ha in più occasioni condiviso gli orientamenti della dottrina maggioritaria. Infatti, la Suprema Corte suole qualificare la buona fede quale criterio di integrazione del contratto, volto a contribuire alla costruzione del regolamento contrattuale, tramite la previsione di obblighi ulteriori o integrativi rispetto a quelli che già scaturiscono dal programma contrattuale predisposto dalle parti⁽⁶⁵⁾; la Corte di legittimità, inoltre, ha affermato che

⁽⁶³⁾ C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29, ritiene che si tratti di “eteronomia non autoritaria”, che comporta un intervento pur incisivo sul regolamento contrattuale, ma non autoritario, nonostante sia attuato da un soggetto terzo alle parti contraenti, dal momento che “si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica”; analogamente F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 556.

⁽⁶⁴⁾ Cass., 9 aprile 1987, n. 3480, in *Corr. giur.*, 1988, I, c. 1609 ss. (il c.d. «caso Adriano Celentano»): nel contratto stipulato tra un produttore e un attore di un'opera cinematografica era stato previsto il divieto per il primo di usare il nome del secondo nella pubblicità dell'opera; i giudici di merito avevano interpretato tale patto nel senso che esso non includesse anche il divieto di utilizzazione dell'immagine dell'attore e del nome del suo personaggio del film. La Corte di Cassazione ha escluso che questa interpretazione potesse essere usata sotto il profilo della mancata considerazione che l'interesse dell'attore, con la stipulazione del patto, era quello di evitare ogni impegno pubblicitario tanto del proprio nome quanto della propria immagine. La Suprema Corte ha stabilito che, pur non intendendo sminuire il valore normativo dell'art. 1375 c.c. né impoverire il significato della regola di correttezza, configurata come oggetto di un dovere autonomo, tale regola non può “essere esaltata al punto da conferirle, sotto il profilo ora in discussione, attitudine integrativa rispetto alle determinazioni delle parti e ai congruenti effetti dispositivi che da queste (o dalle fonti extracontrattuali del rapporto cui rinvia l'art. 1374 c.c.) derivino, essendo destinata ad operare nel momento esecutivo e presupponendo, perciò, un regolamento di interessi già definito. (...) Essa, in relazione alle circostanze concrete, può solo fondare obblighi ulteriori non previsti né astrattamente tipizzabili, ma parimenti funzionali alla puntuale realizzazione del programma negoziale e con questo solidali, senza alterarne il contenuto precostituito”. Si veda altresì Cass., 3 febbraio 1994, n. 1091, in *Foro pad.*, 1996, I, p. 7 ss., nella quale la S.C. sostiene che la buona fede non crei obbligazioni autonome, ma rilevi soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti

⁽⁶⁵⁾ Cass., Sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785, con nota di A. SEMPRINI, in *Contratti*, 2016, p. 388 ss., in materia di *leasing* finanziario afferma che in caso di “vizi occulti o in mala fede taciuti dal fornitore ed emersi dopo l'accettazione verbalizzata da parte dell'utilizzatore – sicuramente” è consentito “all'utilizzatore di agire direttamente contro il fornitore per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa. Ma, laddove ne ricorrano i presupposti, anche in questo caso il concedente, informato dall'utilizzatore dell'emersione dei vizi, ha, in forza del canone integrativo della buona fede, il dovere giuridico (non la facoltà) di agire verso il fornitore per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione del prezzo, con tutte le conseguenze giuridiche ed economiche

la buona fede attribuisce all'organo giudicante il potere di "intervenire anche in senso modificativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto"⁽⁶⁶⁾.

Quest'ultimo argomento giurisprudenziale, ovvero la prospettazione della buona fede quale fonte di obblighi nuovi e autonomi, non pare del tutto persuasivo, *in primis* perché si porrebbe in capo al giudice un potere di determinazione del regolamento negoziale eccessivo e dal campo di applicazione potenzialmente indeterminato. Si ritiene inoltre che la buona fede possa avere incidenza sulle modalità esecutive di obblighi già esistenti ma, invero, non sia atta a svolgere la funzione di integrazione del contratto attraverso la genesi di nuovi obblighi che vadano a colmare ipotetiche lacune originarie del regolamento negoziale. D'altra parte, quando il giudice qualifica una condotta come contraria a buona fede non fa altro che concretizzare la modalità di

riverberantesi sul collegato contratto di locazione"; Cass., 8 aprile 2014, n. 8153, in *DeJure*, Giuffrè: "è vero che dal contratto di sponsorizzazione nasce un rapporto caratterizzato da un rilevante carattere fiduciario, nell'ambito del quale assumono particolare importanza i doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., e che tali doveri possono indurre a individuare obblighi ulteriori o integrativi rispetto a quelli tipici del rapporto"; Cass., 23 maggio 2011, n. 11295, in *DeJure*, Giuffrè: la "buona fede (...) è anche fonte legale d'integrazione del contratto, quale obiettiva regola di condotta che vale a determinare il comportamento dovuto in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso, ed è volta alla salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati"; Cass., 29 maggio 2006, n. 12801, in *Resp. civ. prev.*, 2007, I, p. 554 ss., in cui la Corte afferma che i doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. pongono a carico delle parti nello svolgimento e nell'esecuzione del rapporto obbligatorio "pure se non sono richiamati espressamente nel contratto (...), entrano a fare parte del regolamento negoziale come si è venuto a tipizzare nella prassi per effetto di un fenomeno di integrazione volto a tutelare gli interessi connessi alla prestazione principale"; cfr. altresì Cass., 27 settembre 2001, n. 12093, in *Contratti*, 2002, p. 122 ss., dalla quale emerge come la S.C. attribuisca alla buona fede funzione integrativa della regolamentazione contrattuale, presentandosi essa come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi della controparte; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078, in *Contratti*, 1999, p. 1016 ss., ove si afferma che la clausola generale di buona fede contribuisce a definire "integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto"; Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, I, p. 566 ss. (c.d. caso Fiuggi).

⁽⁶⁶⁾ Cass., 21 giugno 2011, n. 13583, in *DeJure*, Giuffrè.

adempimento delle obbligazioni o di esercizio dei diritti discendenti da un contratto, individuate astrattamente dal legislatore e ricomprese nella clausola generale *de quo*⁽⁶⁷⁾.

Si ritiene infine che, nella prospettiva attuale del “nuovo diritto dei contratti”, equità e buona fede siano destinate ad essere sempre di più “compagne inseparabili di ogni civile negozio”⁽⁶⁸⁾, con l’equità idonea a svolgere una funzione attiva e non (più) meramente suppletiva, benché eclissata dal notevole ruolo da protagonista che si è ritagliata la buona fede.

Si accenna soltanto, a questo punto dello studio, a un tema che verrà esaminato successivamente (v. *infra*, par. 2.6), avente ad oggetto l’orientamento, tanto criticabile quanto condiviso in dottrina (e in giurisprudenza), che opera un collegamento diretto tra la buona fede e i valori costituzionali, in particolare la solidarietà economica e sociale di cui all’art. 2 Cost.

1.4.- Eterointegrazione del contratto nel diritto inglese, tra *sanctity of contract* e *implied terms*.

A questo punto pare opportuno volgere lo sguardo al di là del nostro ordinamento giuridico, soffermandosi sul tema del potere giudiziale correttivo del contratto in un ordinamento di *Common Law*, con particolare riferimento a quello inglese.

Nell’epoca del *laissez-faire*, in cui i ceti borghesi e mercantili erano in costante ascesa, raggiunse vette di fulgore anche il principio della libertà contrattuale, in base al quale le parti erano libere di determinare il contenuto del contratto, senza che lo Stato o un giudice potessero operare delle intrusioni in merito ad esso⁽⁶⁹⁾. Le regole

⁽⁶⁷⁾ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 9, afferma che “la buona fede (...) non è fonte di integrazione del regolamento negoziale, ma soltanto un criterio ermeneutico di esplicitazione di doveri o condizioni impliciti nel contenuto dell’accordo (art. 1366 c.c.) oppure un criterio di determinazione delle modalità esecutive e quindi di valutazione dell’esattezza dell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)”.

⁽⁶⁸⁾ Cass., sent. 14 aprile 1921, in *Foro it.*, 1921, I, 531-534.

⁽⁶⁹⁾ M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II, Artt. 1374 – 1381*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 14 s., ha efficacemente descritto il percorso della “*freedom of contract*” negli

contrattuali venivano dettate dagli operatori commerciali, che fissavano prezzi non necessariamente coincidenti con quelli di mercato ma che venivano percepiti comunque come “giuste regole”, vincolanti per i contraenti⁽⁷⁰⁾. E’ questo il periodo in cui massimamente si è sviluppato il principio della *freedom of contract*, che pone al centro di ogni negoziazione la volontà dei contraenti, libera di esplicitarsi senza che ragioni di iniquità o squilibrio potessero limitarla. Indipendentemente da qualsiasi fattore esterno, ciascuna parte è responsabile per quanto sottoscritto e quindi obbligata al rispetto delle obbligazioni scaturenti dal contratto stipulato⁽⁷¹⁾. Il contratto, in questa epoca storica, diviene un fortino inviolabile da qualsivoglia giudice, Corte di equità o altra Autorità pubblica: viene teorizzato il dogma della volontà, per cui il contenuto del contratto è “sacro” (*sanctity of contract*).

Il declino della politica del *laissez-faire* e lo sviluppo di un nuovo sistema economico determinano, verso la fine del XIX secolo, un affievolimento del dogma della *freedom of contract*⁽⁷²⁾: il legislatore interviene ora sempre più spesso nella regolamentazione del contratto, comportando una limitazione della libertà contrattuale. Un esempio di questi interventi è rappresentato dalle nuove discipline in materia di lavoro o di locazioni abitative, che vanno ad integrare i contratti, comprimendo sensibilmente la libertà di scelta dei privati⁽⁷³⁾.

Oltre all’integrazione legale, a partire dai primi anni del Novecento si fa strada un altro fenomeno, costituito da un nuovo potere di intervento attribuito al giudice nelle contrattazioni private, reso possibile dai c.d. *implied terms*, cioè da quelle clausole che i contraenti non hanno espressamente inserito nel regolamento contrattuale, ma che le

ordinamenti anglo-sassoni, dall’apice al declino. Sul tema cfr. altresì C. M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 10 ss.

⁽⁷⁰⁾ G. ALPA – R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2006, p. 14.

⁽⁷¹⁾ Si segnala l’ampia ricostruzione che offre a proposito del dogma della *freedom of contract* C. MARCHETTI, *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, Torino, 2013, p. 31 ss.

⁽⁷²⁾ P. S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979; G. GILMORE, *The death of contract*, Columbus, Ohio, 1974, trad. it. a cura di A. FUSARO, con prefazione di G. ALPA, Milano, 1988; G. ALPA, *La morte del contratto*, in *Pol. Dir.*, 1976, p. 727.

⁽⁷³⁾ P. S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, cit., p. 506 ss. e p. 570 ss.

Corti ritengono tacitamente in esso presenti⁽⁷⁴⁾. Gli *implied terms* sono riconducibili a diverse categorie⁽⁷⁵⁾:

- *implied terms in law*⁽⁷⁶⁾, clausole implicite che derivano dall'applicazione della legge in materia (analoghe alle norme dispositive o imperative del nostro ordinamento);

- *implied terms by costum*, clausole implicite derivanti dagli usi;

- *implied terms by fact* (o *judicial implied terms*), clausole implicite che le Corti desumono dal contesto e dal tenore del contratto.

Tramite l'applicazione degli *implied terms*, si mette in pratica, nei sistemi di *Common law*, un meccanismo che, *prima facie*, potrebbe ricordare quello previsto dal nostro art. 1374 c.c.; tuttavia il procedimento in esame è collocabile tra l'interpretazione e l'integrazione (*interpretation and construction*). L'*interpretation* è l'interpretazione della volontà espressa dalle parti, la *construction* invece è la ricostruzione della volontà sulla base di criteri oggettivi⁽⁷⁷⁾; parte della dottrina ritiene che le due espressioni siano addirittura interscambiabili⁽⁷⁸⁾.

Il meccanismo di *implication* è regolato da una serie di principi-guida, volti a garantire il massimo rispetto della volontà delle parti e a disciplinare una *construction*

⁽⁷⁴⁾ Il ragionamento effettuato dalle Corti per desumere la sussistenza di un *implied term* è il seguente: si è verificata una determinata situazione; le parti non l'hanno prevista nel regolamento contrattuale; dalle circostanze e dal contesto del contratto, si evince implicitamente e senza ombra di dubbio che i contraenti avrebbero risolto la questione in un determinato modo.

⁽⁷⁵⁾ K. LEWISON, *The interpretation of contracts*, London, 1989, p. 92.

⁽⁷⁶⁾ C. MARCHETTI, *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, cit., p. 109, afferma che "con l'espressione *implied terms in law* si fa riferimento a tutti i casi di integrazione che riguardano non uno specifico contratto considerato nella sua individualità, quanto piuttosto un contratto che possa considerarsi appartenente ad una determinata tipologia, ad una determinata categoria ricorrente di contratti. L'operazione mediante la quale i giudici procedono ad una *implication in law*, pertanto, consiste nella individuazione di un termine, per usare le parole della House of Lords '*which the law will imply as necessary incident of a definable category of contractual relationship*'".

⁽⁷⁷⁾ La distinzione tra *interpretation* e *construction* è stata chiarita da G. ALPA – R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p. 133.

⁽⁷⁸⁾ S. BERTONCINI, *Appunti sull'interpretazione del contract*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2008, p. 1001.

che si inserisca senza troppi scossoni all'interno del regolamento contrattuale stipulato dai contraenti⁽⁷⁹⁾:

a) le clausole implicite devono essere ragionevoli e giuste: la decisione del giudice deve tendere al riequilibrio delle posizioni dei contraenti;

b) le clausole implicite devono essere ovvie, cioè occorre che le parti stesse le avrebbero ritenute ovvie qualora avessero previsto l'ipotesi dedotta nella controversia; questo è il requisito più sfumato, per il quale si osserva minor rigore, in quanto ciascun contraente considererà "ovvio" ciò che maggiormente gli procura utilità e convenienza;

c) il ricorso agli *implied terms* deve essere necessario per dare efficacia giuridica ed economica al contratto (*to give to a contract business efficacy*);

d) le clausole implicite devono essere chiare, così da non diventare a loro volta oggetto di interpretazione;

e) non deve sussistere alcun contrasto tra le clausole implicite e le altre clausole espressamente previste nel contratto.

In particolare, è opportuno soffermarsi sugli *implied terms by fact*, in merito ai quali si è osservato che le Corti utilizzano, per desumere le clausole implicite, peculiari procedimenti logici, il primo dei quali è il c.d. "test dello spettatore indiscreto" (*officious bystander test*)⁽⁸⁰⁾: il giudice, per decidere se integrare oppure no un contratto, deve immaginarsi che un passante chieda alle parti se la clausola che si presume mancante nel contratto sia in realtà inclusa in esso; se la risposta è positiva, il giudice può procedere all'*implication*. Si tratta dell'esercizio di un'indagine circa la volontà soggettiva, propedeutico all'attività di *implication*. Le Corti, al fine dell'individuazione delle clausole implicite, devono elaborare la soluzione idonea alla controversia e, sulla base del testo del contratto, cercare il canone interpretativo maggiormente corretto dal punto di vista testuale (*reasoning backwards*)⁽⁸¹⁾. Questo procedimento giudiziale si rende

⁽⁷⁹⁾ S. BERTONCINI, *ult. op. cit.*, p. 1011.

⁽⁸⁰⁾ C. MARCHETTI, *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, cit., p. 66 ss.

⁽⁸¹⁾ S. BERTONCINI, *Appunti sull'interpretazione del contract*, cit., p. 1001; G. ALPA – R. DELFINO, *op. cit.*, p. 133.

necessario poiché i contratti sono necessariamente incompleti, in quanto le parti non sempre riescono a prevedere in anticipo tutte le possibili situazioni conseguenti al negozio posto in essere; emerge quindi l'esigenza di integrare il contratto, nella maniera più aderente possibile alla volontà delle parti, tramite il meccanismo dell'*implication*.

L'*officious bystander test* è stato formalizzato nel *leading case Shirlaw v. Southern Foundaries* ad opera del giudice Mc Kinnon⁽⁸²⁾ e ha trovato in seguito vasta diffusione nelle corti inglesi, fino ai nostri giorni. Peraltro occorre tenere in considerazione che tale *test* rappresenta un ossequioso omaggio al dogma della volontà: il giudice può procedere all'integrazione soltanto se appare "ovvio" che le parti intendessero includere nell'accordo anche una determinata clausola; l'esito sarà positivo solo e soltanto se sarà accertato che tutte le parti intendevano che il contratto comprendesse anche la clausola in questione⁽⁸³⁾.

Il test in esame rappresenta, invero, uno strumento alquanto debole, in quanto è piuttosto raro che si riesca a desumere l'intenzione delle parti ad inserire una clausola che non c'è: o una delle parti non era a conoscenza della situazione per cui non è possibile ritenere sussistente una sua volontà sul punto, oppure, come quasi sempre accade, la vicenda fa emergere posizioni divergenti tra le due parti.

L'altro strumento di cui può avvalersi l'organo giudicante per stabilire, nell'ambito della dottrina degli *implied terms*, se procedere o meno all'integrazione del contratto, è quello del *business efficacy test*: ancora una volta orientato a far emergere la volontà dei contraenti, esso ha come scopo centrale assicurare l'efficienza economica dell'operazione negoziale. *Leading case* con riferimento a questo test è il caso *Moorcock*,

⁽⁸²⁾ In *Shirlaw v. Southern Foundaries*, (1939), 2K.B., 206, p. 227, il giudice Mc Kinnon descrive l'*officious bystander test* con queste parole: "Prima facie that which in any contract is left to be implied and need not to be expressed is something so obvious that it goes without saying; so that, if while the parties were making their bargain, an officious bystander were to suggest some express provision for it in the agreement, they would testily suppress him with a common 'Oh, of course!'"

⁽⁸³⁾ C. MARCHETTI, *Il silenzio del contratto*, cit., p. 67, afferma che "la suggestiva immagine del passante relega il ruolo del giudice a farsi mero interprete dell'ovvio: con il che, il parametro per definizione non reca alcun vulnus agli enunciati della *classical contract law*".

risalente al 1889⁽⁸⁴⁾): la fattispecie è relativa a un contratto con cui il proprietario della nave Moorcock aveva concordato con i titolari di un porto sul Tamigi la possibilità di attraccare la sua imbarcazione al molo, per poter effettuare operazioni di scarico merci. Dopo che la nave veniva attraccata in una zona del fiume londinese piuttosto bassa, si procedeva allo scarico merci con la marea a livelli minimi; l'imbarcazione riportava ingenti danni, in quanto il fondale non era melmoso, ma costituito da dure rocce. Il proprietario della Moorcock citò in giudizio i titolari del molo, chiedendo il risarcimento dei danni; i convenuti in giudizio resistettero, sostenendo che nel contratto non era affatto prevista la garanzia della sicurezza dell'attracco.

La Corte ritenne però che una tale clausola dovesse ritenersi implicita nel contratto, poiché i proprietari del molo avrebbero dovuto facilmente prevedere che la nave avrebbe riportato seri danni, conoscendo essi alquanto bene la conformazione dei fondali su cui il loro molo si estendeva. I convenuti avrebbero dovuto inoltre avvertire per tempo il proprietario della nave.

Lord Bowen, uno dei tre giudici della *Court of Appeal*, dopo la consueta iniziale dichiarazione di fedeltà alle intenzioni delle parti, esorta a non trascurare mai la fondamentale ricerca dell'efficacia economica di un contratto: le parti, quando concludono un affare, hanno una precisa (ma tacita) intenzione all'inclusione nel contratto di ogni clausola che possa far loro raggiungere il maggior beneficio possibile. Vi è una perfetta compatibilità tra volontà ed efficienza economica del contratto; un contratto che funziona fa bene a tutti, parti e mercato in cui esse operano.

Il principio Moorcock è stato applicato anche ai fini della risoluzione, nel 1986, di una controversia portata dinanzi alla Corte da alcuni insegnanti contro un'amministrazione scolastica⁽⁸⁵⁾. Gli attori contestavano l'obbligo di fare supplenza in caso di colleghi assenti per malattia, in quanto il contratto di lavoro non prevedeva espressamente siffatto obbligo. I giudici decisero invece che l'obbligo di supplire l'assenza del collega malato dovesse considerarsi implicito nel contratto, poiché, dalle

⁽⁸⁴⁾ *The Moorcock* (1889) 14 P. D. 64; v. G. H. TREITEL, *The law of contract*, Londra, 1995, IX ed., p. 193.

⁽⁸⁵⁾ *Sim v. Rotherdam Metropolitan Borough Council* (1986) All E. R. 387; ha commentato il caso in questione G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, p. 123 s.

clausole che riguardavano l'obbligo di fare lezione, era desumibile anche quello ulteriore di tenere lezioni di supplenza, in orario di lavoro.

Altra decisione rilevante riguarda il c.d. *Liverpool case*⁽⁸⁶⁾ del 1976, che aveva come oggetto della controversia una serie di contratti di locazione di unità immobiliari ad uso abitativo, site in un edificio popolare nel quale, per negligenza del Comune di Liverpool, ente proprietario, le parti comuni risultavano in condizioni alquanto fatiscenti (ad esempio, l'ascensore era inservibile). I condòmini avevano pertanto auto-stabilito la sospensione del pagamento del canone di locazione e il Comune aveva agito in giudizio chiedendo la risoluzione dei contratti.

I giudici decisero che in siffatti contratti fosse implicita non solo la clausola che obbligava il proprietario alla manutenzione delle parti comuni, ma anche quella che obbligava i conduttori ad un uso responsabile delle stesse.

Una più recente sentenza è stata pronunciata dalla House of Lords in riferimento al c.d. caso *Belize* nel 2009. In particolare in essa Lord Hoffman rinnova la tesi in base alla quale interpretazione ed integrazione siano momenti del medesimo processo unitario mirato a esplicitare, di fronte a patti equivoci o di fronte al silenzio, quello che il contratto "vuole dire". Riconosciuta la validità e l'utilità degli accertamenti svolti con i tests dell'*officious bystander* e del *business efficacy*, Hoffman evidenzia come l'emersione degli *implied terms* sia possibile solo attraverso un approccio strettamente oggettivo al contenuto contrattuale⁽⁸⁷⁾ ed al contesto in cui esso è stato prodotto. Nonostante le resistenze degli schieramenti più conservatori, è ormai delineato come i principi della doctrine degli *implied terms*, sia *in fact* che *in law*, siano l'analisi della natura economica del contratto e la tutela della aspettative ragionevoli delle parti, canoni ermeneutici che lasciano sullo sfondo quelli della comune volontà dei contraenti e la *business efficacy*.

⁽⁸⁶⁾ *Liverpool City Council v. Irvin* (1976) 1 Q. B. 319; v. G. ALPA – R. DELFINO, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., p. 125.

⁽⁸⁷⁾ Sull'interpretazione oggettiva del contratto, si segnalano M. Chen - Wisthart, *Contractual Mistake, Intention in Formation and Vitiating: the Oxymoron of Smith v Hughes*, in Neyers, BRonaugh, Pitel, *Exploring Contract Law*, Hart Publishing, 2009, 341; G. McMeel, *The Principles and Policies of Contractual Construction*, Burrows and Peel, Contract Terms, Oxford University Press, 2007, 27; Lord Steyn, *The intractable Problem of the Interpretation of Legal Texts*, in *Sidney Law Review*, 2003, 5; W. Howart, *The Meaning of Objectivity in Contract*, in *100 Law Quarterly Review*, 1984, 265.

A volte i giudici inglesi hanno fatto ricorso all'istituto della presupposizione al fine di desumere la sussistenza di clausole implicite: paradigmatici sono i c.d. *coronation cases*, nel più noto dei quali era stato stipulato un contratto di locazione di una stanza, dal cui balcone sarebbe stato possibile assistere al corteo reale in occasione dell'incoronazione di re Edoardo VII; il canone di locazione era stato fissato, in virtù della speciale occasione, per un ammontare considerevole⁽⁸⁸⁾. Le parti avevano stipulato il contratto sotto la condizione tacita che la festa si svolgesse, senza peraltro apporre tale clausola (presupposta) nel contratto. Una parte del canone veniva versata subito, mentre si pattuiva che il saldo sarebbe stato effettuato dal conduttore al termine della locazione. La malattia del re (*angina pectoris*) aveva determinato il rinvio dei festeggiamenti; i contraenti adirono la Corte, che ritenne implicito il presupposto del passaggio del corteo reale sotto il balcone della stanza locata e dichiarò la risoluzione del contratto.

La decisione di un caso simile a quello appena esposto evidenzia come le Corti non procedano a delle ricostruzioni della volontà "implicita" in modo arbitrario o soggettivo: era stata noleggiata per un paio di giorni una barca, in occasione della parata navale in onore di re Edoardo VII; nel contratto di nolo era stato previsto che l'imbarcazione ospitasse alcuni passeggeri che avrebbero così potuto assistere ai festeggiamenti reali durante il primo giorno a bordo, mentre nel secondo si sarebbero intrattenuti in mare per una gita attorno alla flotta della Corona⁽⁸⁹⁾. Nonostante la malattia cardiaca del monarca e il conseguente rinvio della parata, le imbarcazioni reali si erano comunque trattenute in mare. L'imbarcazione noleggiata non era stata utilizzata e il noleggiatore opponeva un rifiuto per il pagamento del prezzo. La Corte ritenne però che la parata, nel caso in esame, non costituisse un'implicita condizione essenziale ai fini della regolare esecuzione del contratto, in quanto la gita in mare tra le navi della Marina inglese avrebbe potuto svolgersi senza intoppi.

In conclusione sul tema, alla luce della dottrina degli *implied terms* nonché dei casi giurisprudenziali esaminati, si può affermare che il risalente brocardo in base al quale

⁽⁸⁸⁾ Ci si riferisce al noto caso *Krell v. Henry* (1903) 2 K. B. 740.

⁽⁸⁹⁾ *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton* (1903) 2 K. B. 683.

“nel *common law* le Corti non fanno il contratto per le parti”⁽⁹⁰⁾ riveste ancora oggi un certo valore, alla luce del rilievo preminente attribuito al dogma della volontà. I giudici inglesi, con una sorta di auto-imposizione di severi limiti all'*extraordinary intrusive judicial power*, fanno ricorso alla tecnica dell'*implication* con notevole prudenza, tenendo comunque in considerazione la natura economica intrinseca del contratto e il mercato di riferimento, lungi dall'essere sedotti dal concetto di integrazione giudiziale-equitativa come veicolo di solidarietà sociale.

1.5.- Eterointegrazione del contratto e *soft-law* dell'Unione europea.

Gli *implied terms*, che come si è visto costituiscono l'attività di integrazione giudiziale del contratto nell'ordinamento inglese, hanno riscosso buon successo nei progetti di armonizzazione del diritto contrattuale europeo, nei quali infatti, oltre alla cristallizzazione della buona fede come fonte di eterointegrazione, si ritrovano spesso norme inerenti al contenuto del contratto nelle quali si ricorre alle formule “*express terms*” e “*implied terms*”⁽⁹¹⁾. Nelle fonti europee di *soft-law* si possono rinvenire alcuni istituti che attribuiscono al giudice il potere di intervenire sul contratto, integrandolo o correggendone squilibri economici.

Fondamentali per aver impresso una spinta propulsiva alla tematica del potere correttivo del giudice sono, *in primis*, le previsioni dei *Principles of International Commercial*

⁽⁹⁰⁾ “It is unreal to think that the Court have no power to modify the literal meaning of the contract by a generous process of construction (...) The ordinary process of construction can nearly always be used to justify a result which the Court want to reach”: così P. S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1979, p. 212.

⁽⁹¹⁾ Esemplare, a tal proposito, è l'art. 68 della CESL (*Common European Sales Law*): “Qualora sia necessario regolare una questione non espressamente disciplinata né dall'accordo delle parti, né dagli usi o pratiche né da disposizioni del diritto comune europeo della vendita, può presumersi l'esistenza di una clausola aggiuntiva implicita, tenuto conto in particolare:

- a) della natura e dello scopo del contratto;
- b) delle circostanze in cui il contratto è stato concluso; e
- c) del requisito della buona fede e della correttezza.

2. La clausola implicita di cui al paragrafo 1 deve essere tale da attuare nella misura del possibile quanto le parti avrebbero probabilmente concordato se avessero disciplinato la questione.

3. Il paragrafo 1 non si applica se le parti hanno deliberatamente omesso di disciplinare la questione, accettando che il relativo rischio gravi sull'una o sull'altra”.

Contracts⁽⁹²⁾, pubblicati su iniziativa dell'Unidroit nel 1999. Essi sono finalizzati a disciplinare la delicata materia dei contratti commerciali internazionali, nell'ottica di una necessaria disciplina omogenea per tutti quei contratti stipulati tra contraenti appartenenti a Paesi differenti, anche extra-europei.

Da una parte i *Principles* sono la risultante delle varie prassi commerciali⁽⁹³⁾, dall'altra rappresentano il frutto dei risultati più proficui cui sono giunte la dottrina e la giurisprudenza, costituendo un'organica compilazione della nuova *lex mercatoria*.

Ai fini della presente indagine, si mostrano di particolare interesse quelle disposizioni dei Principi che disciplinano i gravi squilibri tra le prestazioni delle parti, sia originari, verificatisi cioè nella fase genetica del contratto, sia successivi, se manifestatisi nella fase esecutiva: ci si riferisce alla disciplina della "*gross disparity*" in un caso e a quella della clausola di "*hardship*" nell'altro.

La *gross disparity* trova la sua disciplina nell'art. 3.10 dei Principles of Unidroit, ove si prevede che "una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo"⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹²⁾ G. DE NOVA, *I principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p. 5 ss.; M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei principi Unidroit*, in *Contr. e impresa - Europa*, 1997, p. 141 ss.; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi nei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXX, Padova, 2003; M. J. BONELL – E. FINAZZI AGRO', *Rassegna giurisprudenziale sui principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. intern.*, 2007, p. 413 ss.; si rinvia alla estesa bibliografia menzionata in conclusione del saggio di F. MARRELLA, *Lex mercatoria e principi Unidroit – Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 73 ss.

⁽⁹³⁾ Come rileva D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 29, l'elaborazione dei Principi, parimenti ai Restatements of the Law approntati negli Stati Uniti, ha come oggetto la disciplina di una serie di norme derivanti dalla prassi del commercio internazionale, in modo indipendente dai sistemi giuridici nazionali, "anche se non avulse dalle loro tradizioni ed esperienze".

⁽⁹⁴⁾ Art. 3.10: "(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to
(a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill; and
(b) the nature and purpose of the contract.
(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.

Per delineare i caratteri del “vantaggio eccessivo”, la disposizione in esame menziona due fattori: il primo, di carattere soggettivo, è l’ingiusto vantaggio attribuito ad una parte dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della controparte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare⁽⁹⁵⁾, il secondo invece è di carattere oggettivo e riguarda la natura e lo scopo del contratto. È opportuno sottolineare che il significativo squilibrio sanzionato dai Principi Unidroit non riguarda solo l’aspetto normativo, bensì anche quello economico del contratto. Tale norma consente pertanto un sindacato non solo in merito all’aggravamento ingiustificato del rapporto tra diritti ed obblighi del contraente debole, ma anche sulla sproporzione relativa al prezzo o a qualunque altra “condizione economica”⁽⁹⁶⁾.

Per potersi ottenere l’annullamento del contratto, la rilevanza dello squilibrio deve essere valutabile tramite il criterio di ragionevolezza e la sproporzione deve essere “*so great as to shock the conscience of a reasonable person*”. Il principio di ragionevolezza deve essere letto sistematicamente con la buona fede, che non solo permea i Principi Unidroit, ma vi riveste anche una rilevanza notevole, in quanto rappresenta uno dei rari casi di norma inderogabile da parte dei contraenti che decidano di applicare tali Principi al loro contratto⁽⁹⁷⁾.

Per operare una corretta valutazione del grave squilibrio, il giudice avrà il compito di considerare, da un lato, il contratto nel suo complesso, dall’altro la natura del contratto stesso, specie in relazione alle prassi commerciali, operando una comparazione valutativa tra una determinata clausola e la frequenza della sua

(3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has acted in reliance on it. The provisions of Article 3.13 apply accordingly”.

⁽⁹⁵⁾ Così M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale*, cit., p. 172.

⁽⁹⁶⁾ F. VOLPE, *I principi Unidroit e l’eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 67.

⁽⁹⁷⁾ Art. 1.7 - Good Faith and Fair Dealing: “(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty”. In particolare, sul tema si veda E. A. FARNSWORTH, *Duties of good faith and fair dealing under the UNIDROIT Principles, relevant international conventions and national laws*, in *3 Tul. Jou. Int. and Comp. Law*, 1994, p. 45 ss.

applicazione nell'ambito dei traffici internazionali. Inoltre si presenta la necessità di effettuare un'analisi contestuale degli elementi soggettivi, assai rilevanti ai fini della verifica dello squilibrio ingiustificabile.

Tornando ai rimedi a disposizione della parte vittima della “*gross disparity*”, i *Principles* prevedono l'annullamento del contratto, che tuttavia non rappresenta né l'unico rimedio previsto, né il più conveniente, dal punto di vista degli operatori commerciali, che saranno, nella maggior parte dei casi, interessati alla conservazione del contratto. L'art. 3.10 prevede infatti che “su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento, il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio. Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento”. Qualora le parti fossero in disaccordo sul rimedio da azionare, secondo la dottrina la scelta definitiva spetterebbe al giudice⁽⁹⁸⁾.

I principi Unidroit hanno trasferito in una norma tanto delicata quanto rilevante, l'art. 3.10 appunto, la disciplina del potere correttivo del giudice⁽⁹⁹⁾: egli dovrà non solo verificare l'effettivo squilibrio eccessivo, alla luce dei criteri soggettivi ed oggettivi, ma anche, sempre sulla base di tali criteri, procedere alla correzione del contratto, per riequilibrare il programma negoziale. Un siffatto corposo potere giudiziale, inedito in molti Paesi europei, è stato inserito nei Principi Unidroit in quanto ritenuto idoneo a conseguire risultati apprezzabili quali la conservazione del contratto e la rimozione da esso delle “scorie” di grave iniquità che ne avevano determinato la sproporzione.

Circa il criterio di riferimento per procedere all'adeguamento del contratto e per ricondurre ad equità le prestazioni, si condivide quell'orientamento della dottrina

⁽⁹⁸⁾ M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale*, cit., p. 173; L. PONTIROLI, *La protezione del “contraente debole” nei principles of International commercial contracts di Unidroit: much ado about nothing?* in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 582.

⁽⁹⁹⁾ L. PONTIROLI, *La protezione del “contraente debole” nei principles of International commercial contracts di Unidroit*, cit., p. 578, evidenzia che nel sistema economico internazionale è necessaria la revisione del contratto quale rimedio generale, poiché la prassi mette in luce una preferenza delle tecniche di adeguamento, più efficienti rispetto a quelle ablative. Si determina in tal modo un “vero e proprio diritto della parte svantaggiata alla rinegoziazione e all'intervento correttivo del giudice”.

secondo il quale, qualora la sproporzione dipenda dallo sfruttamento della “debolezza cognitiva” della controparte, si deve tenere in considerazione il prezzo di mercato; qualora invece l’abuso sia dipeso dallo sfruttamento della “debolezza economica”, l’adeguamento si raggiungerebbe tenendo presente “quella parte del prezzo che rappresenti il premio del maggiore rischio”, verificando se esso sia proporzionato “al rischio del concreto contratto o lo ecceda”. In quest’ultimo caso troverebbe il suo *habitat* privilegiato il potere correttivo del giudice⁽¹⁰⁰⁾.

La riconduzione ad equità dei contratti eccessivamente squilibrati non è un risultato che possa essere raggiunto in modo automatico, affidandosi al mero sviluppo del mercato: anzi, talvolta proprio l’andamento del mercato determina situazioni di abuso di grosse imprese su soggetti deboli. L’esigenza di un riequilibrio delle gravi sproporzioni, senza giungere alla cancellazione del contratto, emerge con chiarezza a livello internazionale non soltanto nei Principi Unidroit, ma anche nei *Principles of European contract law*, predisposti dalla Commissione presieduta dal prof. Ole Lando, che hanno inteso non tanto “dettare una disciplina del mercato”, quanto piuttosto formulare dei principi generali per fondare un moderno diritto europeo dei contratti.

L’art. 4: 109 (*eccessivo guadagno e ingiusto profitto*) dei PECL prevede una soluzione analoga a quella dell’art. 3.10 dei Principi Unidroit, disciplinando il potere correttivo del giudice in caso di squilibri originari nelle contrattazioni. Questi principi, pur non essendo vincolanti negli ordinamenti statuali, ad ogni modo apportano una non indifferente efficacia persuasiva e rappresentano l’indice di esigenze generalmente avvertite. Tali argomentazioni trovano conferma anche con riferimento agli squilibri che si manifestano, nell’ambito di contratti a lungo termine, in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto⁽¹⁰¹⁾, a causa di impreviste, né prevedibili, sopravvenienze. Il codice civile del 1942 ha disciplinato la materia, prevedendo un rimedio *ad hoc*: la risoluzione del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità: è innegabile che il nostro legislatore abbia avuto maggiore sensibilità

⁽¹⁰⁰⁾ L. PONTIROLI, *La protezione del “contraente debole” nei principles of International commercial contracts di Unidroit*, cit., p. 583.

⁽¹⁰¹⁾ A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

rispetto ad altri omologhi europei nel prevedere detto istituto, ciò nonostante sono facilmente rintracciabili le pecche derivanti dalla sua applicazione, la più rilevante delle quali consiste nell'impossibilità per il giudice di procedere d'ufficio alla *reductio* e di conseguenza allo squilibrio consegue un insoddisfacente rimedio "distruttivo" del contratto, che viene appunto risolto⁽¹⁰²⁾.

A livello di contratti internazionali di lunga durata si è avvertita la necessità di reperire una soluzione diversa, poiché molto spesso i contraenti necessitano di un'alternativa alla risoluzione, vista la materiale impossibilità di spezzare legami che, per motivi politici o commerciali, sono "necessariamente stabilizzati"; se si verificano eventi sopravvenuti che determinano l'eccessiva onerosità del contratto, il rimedio migliore non consiste nella cancellazione del contratto, bensì nel suo mantenimento a seguito di rinegoziazione. La clausola di *hardship*⁽¹⁰³⁾ si è originata proprio per offrire una risposta a tali necessità e si differenzia da quella di forza maggiore, in quanto solo la seconda rende l'esecuzione del contratto impossibile, mentre la prima determina solo l'eccessiva onerosità dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali per una parte.⁽¹⁰⁴⁾

Nella prassi si sono sviluppate clausole di *hardship* così generiche da permettere ai contraenti di fronteggiare qualsivoglia circostanza sopravvenuta alla stipulazione del contratto, che renda eccessivamente onerosa la prestazione di una delle parti.

Generalmente, le clausole di *hardship* sono composte da due parti: nella prima sono riportati gli eventi esterni, cui consegue l'applicazione della clausola, nella seconda è contenuta la disciplina degli effetti. Occorre prestare attenzione e non confondere le *hardship clauses* con quelle che prevedono un adattamento automatico, ad esempio dei prezzi, poiché, verificatasi la sopravvenienza, le parti si impegnano a

⁽¹⁰²⁾ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 686.

⁽¹⁰³⁾ A. FRIGNANI, *Hardship clause*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Comm.*, Torino, 1991, VI, p. 457 formula la definizione di *hardship*: "una clausola che consente la revisione del contratto, in caso di circostanze sopravvenute che alterano sostanzialmente l'originale equilibrio nelle obbligazioni delle parti".

⁽¹⁰⁴⁾ A. FRIGNANI, *Hardship clause*, cit., p. 458; U. DRAETTA, *Les clauses de force majeure et de hardship*, in *Dir. Prat. Comm. Int.*, 1976, p. 10 ss.

rinegoziare il contratto, escludendo quindi ogni automatismo. Qualora la sopravvenienza sia limitata nel tempo, la conseguenza dell'applicazione della clausola di *hardship* sarà la sospensione dell'esecuzione del contratto, rimedio sufficiente a garantire e salvaguardare la parte onerata. Non potrebbe bastare una semplice sospensione nel caso opposto, in cui la durata della sopravvenienza imprevedibile sia non determinabile: dall'applicazione dell'*hardship clause* discenderà per i contraenti l'obbligo di procedere alla rinegoziazione del contenuto del contratto.

L'obbligazione di rinegoziare non è di risultato, bensì di mezzi⁽¹⁰⁵⁾: le parti hanno sì l'obbligo di dar vita alla rinegoziazione ma non incorreranno in responsabilità qualora il tentativo di raggiungere un accordo non dia esiti positivi. Incorrerà invece in responsabilità (contrattuale) il contraente che si rifiuti di rinegoziare o che durante la rinegoziazione sia stato in mala fede. In caso di esito infruttuoso della predetta fase, solitamente le parti possono rimettersi alla determinazione di un terzo, spesso indicato come "arbitro" o "esperto". La funzione attribuita al terzo può variare a seconda del singolo contratto della cui rinegoziazione si tratta: talvolta dovrà soltanto colmare delle lacune (*supervening gaps*), altre volte dovrà accertare la *hardship*; altre volte ancora il suo compito sarà quello di rinegoziare il contenuto contrattuale al posto delle parti.

Con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, qualora le parti chiedano al terzo un mero parere tecnico, la funzione svolta da questi sarà analoga a quella del nostro perito contrattuale; qualora invece le parti demandino al terzo la determinazione di uno o più elementi del contratto, il ruolo di costui sarà assimilabile a quello dell'arbitratore; se, infine, le parti decidano di devolvere al terzo la risoluzione di un conflitto, la sua funzione sarà alquanto simile a quella svolta nell'ambito dell'arbitrato irrituale⁽¹⁰⁶⁾.

La Camera di Commercio Internazionale ha affermato che se le parti affidano al terzo il compito di rinegoziare il contratto al loro posto, la decisione entrerà nel contratto, esattamente come se fosse stata decisa dai contraenti stessi⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ La dottrina su questo punto è monolitica: *ex multis*, v. A. FRIGNANI, *Hardship clause*, cit., p. 461; S. E. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. impr. – Europa*, 1998, p. 765.

⁽¹⁰⁶⁾ A. FRIGNANI, *Hardship clause*, cit., p. 462.

⁽¹⁰⁷⁾ F. MARRELLA, *Lex mercatoria e principi Unidroit*, cit., p. 34 ss.

La disciplina della clausola di *hardship* pare compatibile con il nostro ordinamento giuridico, considerando che le norme che regolano l'istituto della risoluzione del contratto hanno carattere dispositivo: parte della dottrina ritiene tale compatibilità sussistente "fuor di discussione"⁽¹⁰⁸⁾. L'applicazione di tale clausola può condurre senz'altro a risultati più efficaci rispetto a quelli cui si può giungere con l'applicazione della teoria della presupposizione, in quanto il giudice potrà agire, per operare la *reductio ad aequitatem*, senza la necessità di un'istanza di parte.

La clausola di *hardship* è stata prevista e disciplinata sia dai principi Unidroit, sezione 2, artt. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3⁽¹⁰⁹⁾, sia dai PECL(art. 6:111): queste fonti di *soft-law*, nonostante ricalchino le clausole previste dalla prassi commerciale internazionale, hanno tuttavia agevolato l'omogeneità della disciplina e chiarito alcune questioni, rimaste fino allora vaghe negli usi internazionali⁽¹¹⁰⁾. Le previsioni esaminate dei principi Unidroit e Lando mettono in luce una serie di istituti nei quali il potere equitativo del giudice è piuttosto intenso, senza che ciò possa in alcun modo far

⁽¹⁰⁸⁾ A. FRIGNANI, op. cit., p. 465.

⁽¹⁰⁹⁾ Article 6.2.1 - *Contract to be Observed*

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

Article 6.2.2 - *Definition of Hardship*

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

Article 6.2.3 - *Effects of Hardship*

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

⁽¹¹⁰⁾ S. E. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, cit., p. 789.

ritenere in pericolo la libertà e l'autonomia contrattuale: “il contratto intangibile lascia il posto al contratto evolutivo”⁽¹¹¹⁾.

L'equità correttiva, nelle previsioni dei principi Unidroit e Lando, è presentata come regola generale, operante sia per correggere uno squilibrio originario del contratto, sia per ripristinare l'equilibrio venuto meno successivamente alla stipulazione. La libertà contrattuale in tali principi rimane valore fondamentale, ma è una libertà che trova delle limitazioni in altri valori, quali il buon andamento del mercato concorrenziale e la correttezza nel commercio internazionale⁽¹¹²⁾.

Occorre evidenziare che la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni del 2002 ha introdotto, al § 313 del BGB, rubricata “Alterazione della base negoziale”, la norma che, dinanzi al mutamento successivo delle circostanze che erano state poste alla base del contratto, consente al giudice di “imporre ad una delle parti l'adeguamento del contratto”: si tratta della prima trasposizione nel diritto interno della clausola dell'*hardship*, enunciata dai Principi Unidroit ⁽¹¹³⁾.

Infine si segnala che nel sistema giuridico italiano l'*hardship clause* è stata utilizzata per la prima volta in un lodo arbitrale che ha sviluppato la nozione di buona fede contrattuale fino al punto di procedere, a seguito del rifiuto del contraente controinteressato di rinegoziare il contratto, alla determinazione del prezzo di vendita di un pacchetto azionario, in misura adeguata ai nuovi valori di mercato, trovandosi, nel caso di specie, nel periodo successivo alla crisi di mercato delle azioni di *new economy*⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹¹⁾ M. FONTAINE, *Les clauses de hardship*, in *Dir. Prat. Comm. Int.*, 1976, p. 42.

⁽¹¹²⁾ F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impresa – Europa*, 2005, II, p. 511 ss.

⁽¹¹³⁾ L'introduzione dell'*hardship* all'interno dell'ordinamento tedesco ha sollevato perplessità e malumori in vasti settori della dottrina, che hanno lamentato il pericolo di un eccessivo ridimensionamento del principio *pacta sunt servanda*, cioè dell'efficacia vincolante del contratto. Sul punto D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impresa*, 2004, p. 821 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Lodo Alpa-Nanni-Sbisà del 15 luglio 2004, commentato da P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impresa*, 2005, p. 539 ss.

1.6.- Poteri del giudice nel nuovo diritto francese dei contratti.

Volgendo lo sguardo Oltralpe si può notare come la recente riforma del diritto dei contratti, in vigore dal 1° ottobre 2016⁽¹¹⁵⁾, abbia determinato, tra i molteplici effetti, anche quello di ampliare i poteri discrezionali del giudice nell'integrare e correggere le determinazioni contrattuali, anche a scapito della certezza del diritto, pomposamente declamata tra gli obiettivi da perseguire con la riforma⁽¹¹⁶⁾. Significativa in tal senso, tra l'altro, è l'elevazione della clausola generale di buona fede a principio direttivo, mentre prima della modifica del 2016 essa trovava applicazione come presidio della fase esecutiva del contratto⁽¹¹⁷⁾.

In primis si segnala come nell'ordinamento francese, precedentemente all'entrata in vigore della recente riforma, l'*article* 1135 disciplinava l'integrazione del contratto, stabilendo che le convenzioni (contrattuali) obbligano non solo a ciò che vi è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso o la legge accordano alla

⁽¹¹⁵⁾ In data 11 febbraio 2016 è stata pubblicata nel *Journal O ciel* della Repubblica Francese la *Ordonnance* n. 2016-131 du 10 Février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, con la quale il Governo francese ha dato esecuzione alla *Loi* n. 2015-177 del 16 febbraio 2015 che gli delegava il compito di “ammodernare, semplificare, migliorare la leggibilità, rafforzare l'accessibilità del diritto comune dei contratti, del regime delle obbligazioni e della prova, di garantire la certezza del diritto e l'efficacia della normativa”. Tale riforma è entrata in vigore il 1° Ottobre 2016 ed ha introdotto alcune importanti novità per quanto concerne il diritto contrattuale. Il legislatore transalpino ha ritenuto fosse arrivato il tempo di emendare il codice civile napoleonico; giurisprudenza e dottrina, nei due secoli di vigenza del Code civil, hanno avuto il ruolo prezioso di mantenerlo vivo adattandolo alle nuove necessità, insieme alle spinte sovranazionali, sia provenienti dall'Unione Europea sia su sollecitazione delle fonti di *soft law*.

⁽¹¹⁶⁾ Sulla riforma si veda C. FRANÇOIS, *Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 506 ss.; Francesca BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 627 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Francesca BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese*, cit., p. 635, osserva che “la maggior rilevanza del ruolo del giudice si evidenzia anche considerando l'incremento delle clausole generali e delle norme aperte: sono frequentemente richiamati sia gli ‘*standards juridiques*’: la buona fede, la ragionevolezza, i concetti di abusivo, anormale, eccessivo, sia le ‘*qualifications relatives*’ come: *legitime, grave, substantiel, significatifs, suffisamment grave*. La dottrina si interroga se oggi sia effettivamente impossibile legiferare senza le norme c.d. aperte oppure se siano espressione di un legislatore che, poco sicuro di sé, ritiene preferibile una ‘*soft law*’”. In dottrina francese cfr. A. AYNES, *Le juge e le contrat: nouveau role?*, in *RDC*, 2016, p. 14 ss.; F. AUQUE, *Retour du juge par la loi?*, in *Ajdi*, 2016, p. 184 ss.

obbligazione in base alla sua natura⁽¹¹⁸⁾. Ora, dopo la riforma, la norma di riferimento è divenuta l'art. 1194, norma che, nella nuova formulazione quasi sovrapponibile al nostro art. 1374 c.c., afferma che i contratti obbligano non soltanto a ciò che vi è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che gli attribuiscono l'equità, gli usi o la legge⁽¹¹⁹⁾. Si evidenzia il diverso ordine nella elencazione delle fonti di integrazione del contratto rispetto al codice italiano, con l'equità enunciata per prima, sebbene quella del codice francese non rappresenti una gerarchia delle fonti (a differenza dell'art. 1374 c.c.).

Rileva inoltre l'estensione della disciplina delle clausole abusive, la quale non sarà più confinata ai rapporti B2C, come dispone il nuovo art. 1171: “in un contratto per adesione, qualsivoglia clausola creante uno squilibrio significativo tra i diritti ed obblighi delle parti del contratto è ritenuta non scritta; la valutazione dello squilibrio significativo non attiene né all'oggetto principale del contratto né all'adeguatezza del prezzo rispetto alla controprestazione”⁽¹²⁰⁾.

Un'ulteriore innovazione introdotta dalla riforma francese del diritto dei contratti è la nuova fattispecie di vizio della volontà; con l'articolo 1143 viene infatti inserita la “violenza economica”, per cui il contraente si ritrova in uno stato di dipendenza rispetto alla controparte, la quale ottiene, grazie al compimento di una condotta “violenta”, un vantaggio eccessivo⁽¹²¹⁾.

Infine merita un cenno il nuovo articolo 1195, che introduce l'istituto dell'*imprevision*, previsto dalle norme di *soft-law* e dai progetti di armonizzazione

⁽¹¹⁸⁾ “*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*”.

⁽¹¹⁹⁾ “*Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi*”.

⁽¹²⁰⁾ Art. 1171: “*1. Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. 2. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*”.

⁽¹²¹⁾ Art. 1143: “*Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif*”.

europea⁽¹²²⁾; in base alla norma *de qua* qualora imprevedibili circostanze rendano l'esecuzione del contratto eccessivamente onerosa per una parte, quest'ultima potrà richiedere all'altra di rinegoziare i termini contrattuali ovvero, laddove sia assente una volontà condivisa, ed in luogo dell'istanza di risoluzione (diritto che rimane in capo alla parte), ambedue gli stipulanti hanno la facoltà di chiedere al giudice di rideterminare tali condizioni⁽¹²³⁾. Desta più d'una perplessità la scelta del legislatore francese di non prevedere parametri ai quali debba attenersi l'organo giudicante nell'operazione di revisione⁽¹²⁴⁾. Mediante l'inserimento dell'imprevisione nel *code civil* si può ritenere ormai superato l'orientamento consolidatosi a partire dal 1876, quando la Suprema Corte francese, decidendo l'*affaire Canal de Capronne*, esclude la generale competenza dei tribunali a modificare le convenzioni tra le parti e a sostituire clausole nuove rispetto a quelle liberamente pattuite dai contraenti⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²²⁾ Sull'istituto in esame, con toni critici fin da prima che esso entrasse in vigore nell'ordinamento francese, si veda T. GENICON, *Théorie de l'imprévision... ou de l'impévoyance?*, in *Recueil Delloz*, 2010, p. 2485 ss.;

⁽¹²³⁾ Art. 1395: “*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe”.

⁽¹²⁴⁾ Francesca BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese*, cit., p. 634, ricorda come nel Progetto Terrè si prevedeva quanto meno che il giudice dovesse avere riguardo alle legittime aspettative delle parti.

⁽¹²⁵⁾ Corte di Cassazione francese, 6 marzo 1876: “*Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants”.*

1.7.- Valore e attualità delle classificazioni, tra visione classica e innovazione: nuovi orizzonti per l'art. 1374 c.c.

Alla luce delle suesposte ricostruzioni, occorre porre in luce un ultimo profilo, concernente la classificazione delle forme di integrazione del contratto che, sulla base dell'impostazione tradizionale, sono quella *suppletiva* e quella *cogente*⁽¹²⁶⁾, per considerare se sia possibile individuare una nuova lettura dell'art. 1374 c.c., evolutiva rispetto a quella tratteggiata con riferimento all'impostazione del Legislatore del 1942.

L'integrazione suppletiva, come noto, è finalizzata a colmare le lacune che il regolamento negoziale presenti quali conseguenze dell'incompletezza originaria delle pattuizioni dei contraenti; essa può realizzarsi in due modi: ad opera di specifiche previsioni normative, le c.d. norme dispositive/suppletive (integrazione suppletiva *legale*) ovvero tramite la concretizzazione di criteri generali, operata da parte dell'autorità giudiziaria alla luce delle circostanze del caso concreto (integrazione suppletiva *giudiziale*). Fonti di integrazione suppletiva giudiziale sono l'equità, richiamata espressamente dall'art. 1374 c.c. e, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, anche la clausola generale di buona fede di cui all'art. 1375 c.c.⁽¹²⁷⁾.

L'integrazione *cogente* è invece il meccanismo che "impone" la regola legale anche nel caso in cui le parti abbiano diversamente disposto sul punto. Essa riguarda le norme imperative e può realizzarsi in due differenti modi:

1) quando le parti si astengono dal disciplinare il profilo oggetto della norma legale inderogabile (ad esempio riguardante il prezzo): in questo caso si verifica un'integrazione legale attraverso l'art. 1339 c.c., che prevede l'inserzione automatica di clausole, meccanismo analogo a quello che si verifica tramite l'inserimento nel

⁽¹²⁶⁾ Si veda, sul tema *de quo*, in particolare V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 485 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, III, Milano, 2000, p. 299; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 389 ss.

⁽¹²⁷⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 457; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, cit., P. 392; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 6 ss.: "non è pensabile che, per l'effetto dell'art. 1374 c.c., gli usi o l'equità si sostituiscano alle clausole del contratto difformi".

rapporto contrattuale, in via suppletiva, delle regole dispositive non derogate dalle parti (seppur, astrattamente, derogabili)⁽¹²⁸⁾;

2) nel caso in cui le parti decidono di regolare una materia oggetto di norma imperativa conformativa⁽¹²⁹⁾ in modo difforme rispetto a quanto da essa prescritto, il regolamento convenzionale è parzialmente nullo ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c. e la lacuna generatasi dopo l'invalidazione della clausola illecita viene colmata dalla regola legale imperativa, sempre tramite l'inserimento automatico di clausole *ex art.* 1339.

È stato sostenuto in dottrina che “l'integrazione cogente è il meccanismo che più di ogni altro sacrifica la libertà contrattuale in nome di interessi superiori agli interessi individuali di cui le parti dispongono nel contratto”⁽¹³⁰⁾.

Secondo questa classificazione, l'integrazione suppletiva opera nella stessa direzione dell'autonomia privata, mentre quella cogente è antagonista rispetto a quest'ultima: infatti le fonti di integrazione suppletiva non potrebbero mai imporre determinati comportamenti contrari alla espressa volontà delle parti, ma fungerebbero solamente quale mezzo di “pronto soccorso” finalizzato a colmare le lacune contrattuali, conformemente allo spirito del contratto stesso. Corollario di questa impostazione è la prevalenza della determinazione volontaria rispetto all'integrazione eteronoma.

⁽¹²⁸⁾ Sul punto v. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'Amico – S. Pagliantini, *Nullità per abuso*, cit., p. 37; con riferimento al meccanismo dell'inserzione automatica di clausole, di cui all'art. 1339 c.c., fattispecie di integrazione “repressiva”, parte della dottrina ritiene che esso vada tenuto distinto dal fenomeno dell'integrazione contrattuale; infatti, secondo questi Autori, in caso contrario il Codice conterrebbe al suo interno due identiche norme in due distinti luoghi del sistema; motivo per cui risultano inattendibili i “tentativi di leggere il fenomeno dell'integrazione del contratto, così come essa è disciplinata dall'art. 1374, nella prospettiva dell'intervento cogente della stessa norma di legge”. Così C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1160; in questo senso v. altresì M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 107. Le considerazioni svolte dai richiamati Autori sono tutte volte a evidenziare come il fenomeno dell'integrazione cogente si attui tramite modalità tecniche diverse rispetto a quelle che caratterizzano, invece, l'operare dell'art. 1374. A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 122 ss., critica tale filone dottrinale.

⁽¹²⁹⁾ Circa la classificazione delle norme imperative in conformative e meramente proibitive, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 472.

⁽¹³⁰⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 499.

L'integrazione cogente, invece, rappresenta un'eccezionalità nel sistema: l'autonomia privata soccombe soltanto qualora la regola contrattuale sia riprovata dall'ordinamento giuridico, con la conseguenza che le clausole contrattuali contrarie ad interessi primari ritenuti fondamentali, tutelati nelle norme imperative, vengono depennate dal contratto. Tale fenomeno non era prospettabile, nella lettura classica, dinanzi a una deroga pattizia a norme di diritto dispositivo, poiché in tale ipotesi sarebbe mancato il presupposto logico-giuridico necessario per l'applicazione dell'integrazione cogente: una lacuna successiva, conseguente alla dichiarazione di nullità di una clausola contrattuale.

Questa impostazione teorica, consolidatasi negli anni successivi all'approvazione del codice civile, deve essere messa in discussione, in quanto parrebbe anacronistica alla luce dei cospicui interventi normativi, ispirati dal legislatore europeo, in materia di contratti asimmetrici *B2C* e *B2b*, che costituiscono il c.d. "nuovo diritto dei contratti"⁽¹³¹⁾. Negli ultimi venticinque anni, infatti, si è iniziata a configurare la possibilità che anche una deroga convenzionale alle norme del diritto dispositivo possa condurre, se "abusiva", alla nullità della clausola e alla conseguente formazione di una lacuna sopravvenuta⁽¹³²⁾: si riscontra un crescente numero di fattispecie normative nelle quali il sindacato del giudice è ammesso nella misura in cui sia finalizzato ad espungere dal contratto clausole manifestamente inique e ad integrare il regolamento contrattuale al fine di consentire la sopravvivenza del contratto.

Si evidenzia, come già illustrato, che la tendenza del legislatore sia divenuta ormai quella di sanzionare gli abusi della libertà contrattuale, *trend* confermato anche nel nuovo diritto dei contratti in Francia oltre che nei Principi Unidroit, nei PECL elaborati dalla Commissione Lando e nel *Draft Common Frame of Reference*, fonti di *soft-law*, non direttamente applicabili negli Stati europei ma ispiratrici della nuova

⁽¹³¹⁾ Si pensi, ad esempio, alle (numerose) norme sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori o sull'abuso di dipendenza economica disciplinato nella legge sulla subfornitura. Cfr. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, *passim*; C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, *passim*.

⁽¹³²⁾ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'Amico – S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., p. 39.

sensibilità giuridica che è orientata a offrire tutela al contraente *debole* dinanzi agli abusi del contraente *forte*, rimediando in tal modo a pattuizioni squilibrate⁽¹³³⁾.

Da una parte non pare corretto sostenere che l'equità svolga sempre e comunque una mera funzione suppletiva, dall'altra occorre evidenziare, peraltro, come il giudice non possa sindacare e correggere il contenuto del contratto, anche laddove egli ritenga che sia estremamente iniquo, se non in determinate peculiari fattispecie, che si avrà modo di esaminare nel prosieguo del lavoro.

In tali ultimi casi l'equità potrebbe assumere un ruolo "attivo" di necessaria fonte integrativa delle lacune causate dalla caducazione di clausole inique, in quanto dichiarate nulle: per non lasciare il contratto indisciplinato in merito ad elementi essenziali, avendo la parte debole (ma spesso anche quella forte) interesse a tenere in vita il contratto stesso, il giudice potrebbe intervenire integrandolo equitativamente.

Lo stesso art. 1374 c.c. può essere letto in ottica evolutiva, tenendo cioè in considerazione come l'ordinamento, nell'ambito della nuova legislazione di matrice europea, ammetta la configurabilità di deroghe "abusive" al diritto dispositivo e la conseguente dichiarazione di nullità della clausola contrattuale esito di tale deroga.

L'art. 1374 può quindi rappresentare la chiave di volta per giustificare l'integrazione delle lacune così "sopravvenute", nella parte in cui richiama la legge per consentire l'applicazione del diritto dispositivo "*illegittimamente*" derogato e, in determinate ipotesi, anche nella parte in cui richiama l'equità (v. *infra*, cap. III).

⁽¹³³⁾ Sui Principi Unidroit, v. G. DE NOVA, *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p. 5 ss.; G. ALPA, *La protezione della parte debole nei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Economia e dir. del terziario*, 1996, p. 519 ss.; si segnala l'art. 6:102 (*Implied terms*) dei PECL: "*in addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from (...) the intention of the parties, (...) the nature and the purpose of the contract, and (...) good faith and fair dealing*".

CAPITOLO II

UN INSOLITO CASO DI INTEGRAZIONE EQUITATIVA (ART. 1384 C.C.),

L'ART. 2 DELLA COSTITUZIONE E LA BUONA FEDE:

STORIE DI *ECESSI MANIFESTI*

SOMMARIO: **2.1.-** L'art. 1384 c.c.: *ratio* e questioni preliminari. Natura della clausola penale. - **2.2.-** Postilla sulla questione (aperta?) della penale esigua. - **2.3.-** Poteri del giudice *ex art.* 1384 c.c.: orientamento giurisprudenziale dominante fino al 2005 e contrasti in dottrina. - **2.4.-** Le Sezioni unite spono l'orientamento minoritario: riducibilità *ex officio*. - **2.5.-** Osservazioni critiche. - **2.6.-** Sulla configurabilità dell'estensione analogica dell'art. 1384 c.c. - **2.7.-** Da Tivoli alla Consulta, doppio carico di solidarietà: la nullità per violazione dell'art. 2 Cost.

2.1.- L'art. 1384 c.c.: *ratio* e questioni preliminari. Natura della clausola penale.

Clausola contrattuale e pena.

A prima vista, l'accostamento dei due concetti può apparire disarmonico: secondo il consolidato insegnamento, infatti, le sanzioni civili non hanno carattere punitivo, ma soltanto restitutorio⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Si segnala, a proposito di un tema differente ancorché confinante rispetto a quello trattato in questa sede, visto l'abbinamento dei concetti di punizione e risarcimento del danno, la recente sentenza nella quale le Sezioni unite aprono, sia pure delineando precisi presupposti, alla

Eppure i due aspetti hanno trovato un punto di fusione nell'istituto della clausola penale, già prevista nel codice Pisanelli del 1865 e disciplinata dagli artt. 1382 ss. del codice vigente⁽²⁾.

La disposizione che maggiormente interessa ai fini di questo studio è l'art. 1384 c.c., norma che consente al giudice di ridurre equitativamente l'ammontare della clausola «se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo».

compatibilità nel nostro ordinamento dei c.d. *danni punitivi*: Cass., SS. UU., 5 luglio 2017, n. 16601, commentata da C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1109 ss.; M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 419 ss.; R. SAVOIA, *Le Sezioni Unite aprono la strada al riconoscimento in Italia di sentenze straniere che contengano risarcimenti punitivi*, in *Dir. Giust.*, 2017, fasc. 118, p. 7 ss.; il principio di diritto statuito dalla sentenza è il seguente: "Nel vigente ordinamento italiano, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è, quindi, ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve, però, corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico". La locuzione "danni punitivi" (o anche "danni esemplari") deriva dalla traduzione letterale di "*punitive damages*", di evidente matrice anglosassone. Si tratta di un istituto giuridico proprio degli ordinamenti di Common law, in particolare degli Stati Uniti, che prevede, in caso di responsabilità extracontrattuale, il riconoscimento al danneggiato di un risarcimento ulteriore rispetto a quello necessario per compensare il danno subito (*compensatory damages*), ove quest'ultimo provi che il danneggiante ha agito con dolo o colpa grave (*malice o gross negligence*). In altri termini, alla funzione risarcitoria/compensativa, tipica della sanzione per illecito civile, si sovrappone una funzione punitiva, tipica invece della sanzione penale. In merito a tale argomento, si veda, in particolare, Francesca BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008; Id., *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 862 ss.; cfr. altresì, della medesima Autrice, *Dall'astreinte ai danni punitivi un passo ormai obbligato*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, p. 679 ss., nonché *Il danno punitivo fra forma e sostanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 53 ss.; cfr. inoltre C. GRANELLI, *In tema di "danni punitivi"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 1760 ss.; P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.

⁽²⁾ Di seguito, senza alcuna pretesa di esaustività, alcune autorevoli trattazioni concernenti l'istituto della clausola penale: G. SMORTO, *Clausola penale*, (voce), in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2013, p. 145 ss.; G. DE NOVA, *Clausola penale*, (voce), in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., II*, Torino, 1988, p. 377 ss.; E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, *ivi*, XXXII, Milano, 1982, p. 770 ss.; A. MAGAZZU', *Clausola penale*, (voce), in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186 ss.; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, *passim*.

Pertanto, il criterio che l'art. 1384 indica come guida per l'autorità giudiziaria nell'eseguire tale correzione della clausola è quello dell'equità, attribuendo all'organo giudicante un insolito potere correttivo-integrativo del contenuto del contratto⁽³⁾.

La natura eccentrica di tale disposizione, che pone un vero e proprio "limite all'autonomia delle parti"⁽⁴⁾, ha fatto sì che la dottrina maggioritaria la ritenesse sin da subito una norma eccezionale e, come tale, insuscettibile di applicazione analogica⁽⁵⁾.

La *ratio* del rimedio previsto dall'art. 1384 era già stata illustrata, con poche ma dense parole, nella Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia, nella quale, posta in luce l'innovazione rispetto all'art. 1214 del Codice Pisanelli (che si limitava a stabilire la riducibilità della "pena" ad opera del giudice "allorché l'obbligazione principale sia stata eseguita solo in parte"), si evidenzia come la nuova norma, fondata sull'equità, persegua lo scopo di "contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario"⁽⁶⁾.

In merito al tema *de quo* si era presto pronunciata anche la Corte di Cassazione, con alcune sentenze passate perlopiù inosservate; in esse si affermava, tra l'altro, che l'art. 1384 assolverebbe il compito di provvedere alla "salvaguardia sia dell'interesse del singolo debitore, sia, soprattutto, dell'interesse generale per impedire

⁽³⁾ La norma in esame è nata, storicamente, al fine di approntare una tutela nei confronti del debitore contro ipotesi surrettizie di usura e quindi, in generale, nell'ottica della tutela del soggetto debole. Per un approfondimento sul punto, G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I. *Lineamenti generali*, Milano, 1954, p. 258 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 244 ss.

⁽⁴⁾ Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, sulla quale si v. *infra*, in questo capitolo; D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 531, ha parlato, a pochi anni dall'entrata in vigore del vigente codice civile, di "violenza alla libertà delle parti", riferendosi al potere del giudice previsto dall'art. 1384.

⁽⁵⁾ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e cont. da P. Schlesinger, Milano, 2003, p. 55; R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 315; G. BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, p. 550; in giurisprudenza, Cass., 30 dicembre 1997, n. 13120; Cass., 23 maggio 1995, n. 341; Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, in www.dejure.giuffre.it.

⁽⁶⁾ Relazione al Codice civile del Ministro Guardasigilli, n. 632.

sconfinamenti dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale"⁽⁷⁾.

Come si vedrà nei successivi paragrafi, le suddette affermazioni, contenute in sentenze di legittimità e nella Relazione al Codice civile, sono rivestite di un'aura di modernità, in quanto hanno anticipato di parecchi decenni le argomentazioni addotte dalle Sezioni unite nel 2005 per statuire l'ammissibilità della riduzione officiosa della clausola penale.

Ai fini dell'indagine che ci si propone, sul tema della riducibilità *ex officio atque aequitate* della clausola penale⁽⁸⁾, è opportuno preliminarmente precisare quali siano la sua natura e funzione, evidenziando i diversi orientamenti dottrinali; la tematica, fin dall'entrata in vigore del codice, è stata infatti oggetto di plurimi esercizi teorici.

Già l'art. 1212 dell'abrogato codice Pisanelli affermava che *“la penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento dell'obbligazione principale”*; inoltre, ai sensi dell'art. 1209 del medesimo codice, per clausola penale si intendeva *“quella con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione”*.

Alla luce di questi dati normativi, la dottrina prevalente riteneva che la funzione di tale clausola fosse di tipo risarcitorio, in quanto considerata un istituto volto precipuamente alla determinazione di una liquidazione preventiva e forfetaria del danno⁽⁹⁾.

Il codice del 1942, invece, sembra non soffermarsi, almeno esplicitamente, sulla natura della clausola penale: infatti l'art. 1382 prevede soltanto che essa abbia *“l'effetto*

⁽⁷⁾ Cass., 4 febbraio 1960, n. 163, in *Foro pad.*, 1961, I, 321. Si veda altresì Cass., 24 aprile 1980, n. 2479, in *Giur. it.*, I, 1, p. 1784 ss., con nota di E. MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*. In tale pronuncia si afferma che l'art. 1384 c.c. si fonderebbe *“sulla necessità di correggere il potere di autonomia privata”*, il quale, se esercitato *“al di fuori dei limiti riconosciuti meritevoli dall'ordinamento giuridico (...)”*, si risolve in un abuso contrario ai principi di libertà e di uguaglianza tra le parti contraenti”. Ne dà conto V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1399 ss.

⁽⁸⁾ Il riferimento è, in particolare, a Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro. It.*, I, c. 106, con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*; per ulteriori riferimenti, cfr., *infra*, nota n. 48.

⁽⁹⁾ V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914, p. 610; L. COVIELLO, *Clausola penale e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1627

di limitare il risarcimento alla prestazione promessa” e, allo stesso tempo, che “*è dovuta indipendentemente dalla prova del danno*”⁽¹⁰⁾.

Ad ogni modo, la dottrina dominante ha continuato a sostenere che la clausola penale conservi a tutt’oggi una funzione risarcitoria, ponendosi quale naturale forma di liquidazione del danno di tipo *convenzionale, preventivo e forfettario*, cioè effettuata con stima precedente e indipendente dal verificarsi del danno, in quanto non si può quantificare con precisione la misura del danno che il creditore subirà per il ritardo o l’inadempimento⁽¹¹⁾.

La funzione così individuata pare finalizzata ad eliminare le difficoltà e le incertezze che si presentano al soggetto danneggiato per riuscire ad ottenere il risarcimento dei danni subiti. Il riferimento va, in particolare, alle lungaggini processuali e alla ineliminabile discrezionalità dell’organo giudicante (seppur confinata in criteri valutativi oggettivi), elementi che presentano una imprevedibile valenza di rischio che, ove concretizzato, frustrerebbe l’interesse del danneggiato a ricevere il ristoro dei danni.

Altra parte della dottrina, pur essendo sostenitrice della tesi risarcitoria, ha peraltro affermato che “quando la clausola penale è stipulata per un ammontare superiore a quello che corrisponderebbe ai normali principi, vien superata la funzione del risarcimento e subentra quella della pena”⁽¹²⁾.

Per alcuni Autori, inoltre, sarebbe anche contraddittoria l’espressione “liquidazione preventiva del danno”, poiché l’obbligo e il diritto al risarcimento del

⁽¹⁰⁾ Si legge nella Relazione al Codice Civile (n. 632) che “*il valore giuridico dato alla clausola penale dall’art. 1382 c.c. è quello di limitare il danno, salvo che le parti ne abbiano convenuto il risarcimento integrale*”.

⁽¹¹⁾ V. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 131 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1954, p. 517 ss. e p. 224 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1999, p. 221 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1969, p. 5 ss.; F. GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 207 ss.

⁽¹²⁾ A. DE CUPIS, op. cit., p. 226; l’Autore avverte, però, che la funzione afflittiva della penale “*non si esplica costantemente*” e che “*la possibilità di riduzione della penale restringe ulteriormente la funzione penale*”.

danno non sorgono prima del verificarsi dell'inadempimento: in tale momento, infatti, è riscontrabile soltanto una "potenziale esistenza" dell'obbligazione risarcitoria⁽¹³⁾.

Per altra parte della dottrina, la clausola in esame ha invece una funzione di tipo prevalentemente coercitivo - rafforzativo e, quindi, natura sanzionatoria, se non addirittura "penale", rappresentando l'espressione della facoltà dei contraenti di stabilire pene private⁽¹⁴⁾.

Sulla scorta delle argomentazioni di tale filone dottrinale, la penale eserciterebbe una coercizione psicologica all'adempimento, rappresentando pertanto uno strumento rafforzativo dell'obbligazione contrattuale.

Alcuni Autori operano una divisione del *genus* clausola penale in due *species*: una penale "pura", qualora sia stabilita dai contraenti a titolo sanzionatorio *tout-court*, e una penale "non pura", la quale avrebbe invece funzione risarcitoria e sanzionatoria⁽¹⁵⁾: soltanto la clausola penale "non pura" implicherebbe il divieto di cumulo tra prestazione e penale *ex art.* 1383 c.c., mentre in caso di penale "pura", posta ad esclusivo fine sanzionatorio, sarebbe possibile chiedere (e ottenere) sia l'adempimento della prestazione sia l'ammontare della penale.

⁽¹³⁾ M. PERSICO, *La clausola penale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 77.

⁽¹⁴⁾ A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. Rescigno, I, Torino, 2006, p. 163: "la clausola penale realizza una forma di coazione indiretta all'adempimento, in quanto rappresenta una sanzione in senso tecnico per il debitore nel caso in cui non adempia secondo le modalità previste: è cioè finalizzata prima a prevenire, poi a reprimere, un illecito convenzionalmente individuato"; v. altresì, dello Autore, *La pena contrattuale*, cit., p. 105 ss.; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 352; A. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2000, p. 128; E. MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 1784 ss.; ID., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, I, p. 511 ss.; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 901.

⁽¹⁵⁾ V.M. TRIMARCHI, op. cit., p. 13; F. GALGANO, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 509 ss.; anche alcune sentenze di legittimità, seppur risalenti, hanno posto in evidenza la succitata distinzione: Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2929; Cass., 23 novembre 1983, n. 6995, in *Giur. it.*, 1984, I, I, c. 1209; Cass., 26 maggio 1980, n. 3443, in *Arch. civ.*, 1980, p. 787.

Secondo altra parte della dottrina, le funzioni risarcitoria e sanzionatoria della clausola penale sarebbero “fuse e indistinte”⁽¹⁶⁾, al punto che pare vano sforzo quello di individuarne la funzione tipica⁽¹⁷⁾.

In giurisprudenza è rintracciabile un orientamento prevalente che tende a enfatizzare la natura risarcitoria della clausola *de qua*, prendendo le mosse dall’esegesi dell’art. 1382 c.c., nella parte in cui afferma che “*la clausola penale ha l’effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa*”⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, attraverso un’attenta lettura delle pronunce dei giudici di legittimità, è possibile sostenere che raramente la Corte attesta come esclusiva la funzione risarcitoria della penale; invero, tale clausola viene intesa quale strumento idoneo sia a rinsaldare il vincolo contrattuale, sia a sanzionare il debitore che si rendesse inadempiente⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ S. MAZZARESE, *Clausola penale, artt. 1382 – 1384*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 181, secondo cui le funzioni risarcitoria e sanzionatoria sarebbero “mutuamente esclusive e congiuntamente esaustive”.

⁽¹⁷⁾ G. DE NOVA, *Clausola penale*, cit., p. 379.

⁽¹⁸⁾ Cass., 20 gennaio 2007, n. 1183, in *Corr. giur.*, 2007, p. 497 ss., nella quale si precisa che “la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva. Essa assolve la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant’è che se l’ammontare fissato venga a configurare, secondo l’apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o sconfinamento dell’autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta. Quindi, se la somma prevista a titolo di penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno subito e da una rigida correlazione con la sua entità, è in ogni caso da escludere che la clausola di cui all’art. 1382 c.c. possa essere ricondotta all’istituto dei *punitive damages* proprio del diritto nordamericano, istituto che non solo si collega, appunto per la sua funzione, alla condotta dell’autore dell’illecito e non al tipo di lesione del danneggiato, ma si caratterizza per un’ingiustificata sproporzione tra l’importo liquidato e il danno effettivamente subito”; Cass., 17 agosto 2001, n. 11153, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 189; Cass., 21 maggio 2001, n. 6927, in *Rep. Foro It.*, 2001, voce *Contratti in genere*, 409; secondo cui “la pattuizione di una clausola penale con funzione di preventiva liquidazione del danno conseguente all’inadempimento della obbligazione primaria esclude la operatività della disciplina relativa alla evitabilità del danno ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 1227, comma 2, c.c.”; Cass., 21 settembre 1993, n. 9660, in *Rass. avv. St.*, 1994, I, 151.

⁽¹⁹⁾ Cass., 26 maggio 1980, n. 3443, in *Arch. civ.*, 1980, 787: “La clausola penale - che, come pattuizione accessoria intesa a rafforzare il vincolo contrattuale, ha non solo la funzione di attuare una liquidazione preventiva e forfettaria del danno, ma anche di sancire, essendo essa indipendente dalla effettività del danno, una pena convenzionale a carico della parte inadempiente - può dar luogo, nel caso di contratti con pluralità di patti e ove l’inadempienza sia ascrivibile a più soggetti, ad un’obbligazione avente carattere d’indivisibilità, in relazione all’anzidetta natura di pena convenzionale della penale medesima o alla finalità in concreto perseguita dai contraenti”; Cass., 6 novembre 1998, n. 11204, in *Contratti*, 1999, p. 127: “Il creditore per conseguire la penale deve provare l’inadempimento del debitore, mentre non deve fornire la prova dell’esistenza del danno e del suo ammontare. La clausola penale costituisce, infatti, una pattuizione accessoria del contratto,

Per giungere a una sintesi di queste posizioni, pare ragionevole condividere quella tesi in base alla quale la clausola penale, rafforzando il vincolo contrattuale, può assumere sia funzione risarcitoria sia sanzionatoria, a seconda dell'intenzione delle parti, della natura dell'affare nonché delle circostanze del caso concreto⁽²⁰⁾⁽²¹⁾.

Ad esempio, una clausola dall'ammontare particolarmente elevato evidenzia in misura prevalente la funzione sanzionatoria e punitiva della penale, in particolare il suo aspetto deterrente nei confronti di eventuali inadempimenti.

Ad ogni modo, un'altra dovrebbe essere ritenuta l'ipotesi più frequente nella pratica, quella cioè che contempra la contemporanea doppia funzione della clausola penale: da un lato le parti prevedono una somma dovuta a titolo di risarcimento forfetario nel caso di inadempimento, d'altro lato decidono di sanzionare il debitore che si sia "macchiato" di inadempimento.

Questa lettura pare confermata anche dall'analisi testuale del dato normativo: le norme codicistiche infatti, da una parte prevedono per la penale l'effetto di limitare il risarcimento del danno (funzione risarcitoria), dall'altra precisano che la penale è dovuta a prescindere dalla prova del danno (funzione sanzionatoria). Le due funzioni, "mutuamente esclusive ma congiuntamente esaustive, sono coniugate in un'unica obbligazione penale"⁽²²⁾.

che svolge, oltre alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale, quella di stabilire, in via preventiva, la prestazione dovuta per il caso di inadempimento o ritardo, con l'effetto di determinare e limitare a tale prestazione (sempreché non sia stata pattuita la risarcibilità del danno ulteriore) la misura del risarcimento dovuto, indipendentemente dalla prova della concreta esistenza del danno effettivamente sofferto"; Cass., 20 ottobre 1984, n. 5305, in *Arch. civ.*, 1985, 707: "La clausola penale è una pattuizione accessoria del contratto convenuta dalle parti per rafforzare, da un lato, il vincolo contrattuale e per stabilire, dall'altro, preventivamente, una determinata sanzione per il caso di inadempienza o di ritardo nell'adempimento, con l'effetto di limitare alla prestazione prevista il risarcimento del danno indipendentemente dalla prova dell'effettivo pregiudizio economico verificatosi".

⁽²⁰⁾ A. DE CUPIS, op. cit., p. 224 ss.; R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 445 s.

⁽²¹⁾ Collocava già la clausola penale tra le "tecniche di rafforzamento del contratto" B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it.), II, Torino, 1930 (rist.), p. 230; nello stesso senso F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger I, Milano, 1987, p. 253; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, *Libro quarto – Delle obbligazioni (Art. 1372-1405)*, Bologna-Roma, 1993, sub art. 1372-1386, p. 165 s.

⁽²²⁾ S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., p. 187 ss.

2.2.- Postilla sulla questione (aperta?) della penale esigua.

Prima di esaminare la portata del potere attribuito dall'art. 1384 c.c. all'organo giudicante, merita un cenno un'altra questione, suggerito anche da uno sguardo rivolto ad altri sistemi giuridici e ai progetti tesi all'omogeneizzazione del diritto europeo.

Orbene, se le parti hanno pattuito una penale dall'ammontare manifestamente eccessivo, *nulla quaestio*, avendo il legislatore costruito il meccanismo di cui alla norma in esame; il codice civile, tuttavia, tace su un'altra ipotesi, ovvero quella della penale convenuta per un importo irrisorio.

La Cassazione riconduce tale fattispecie nell'alveo di applicazione del divieto di cui all'art. 1229 c.c., sancendo la nullità della clausola⁽²³⁾.

Nel nostro ordinamento, infatti, non è al momento configurabile il potere del giudice di aumentare la penale irrisoria, nemmeno evocando un criterio di giustizia sostanziale attraverso il richiamo analogico all'omogeneità degli interessi in gioco e alle due ipotesi antitetichè:

clausola eccessiva → ridicibile

clausola irrisoria → nulla.

Riconoscere, *rebus sic stantibus*, al giudice (anche) un siffatto potere sarebbe una forzatura eccessiva del dettato normativo⁽²⁴⁾. La ricerca esasperata di ogni rimedio e strumento per raggiungere la chimera del contratto giusto, equo e solidale rischia invero di far deragliare il diritto civile dal sentiero tracciato da solidi e ancora attuali

⁽²³⁾ Cass., 3 dicembre 1993, n. 12013, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1247 ss., con nota di P. CORSALE, *Clausola penale stabilita in misura inferiore al tasso legale degli interessi*. In tale pronuncia la S.C. riconduce allo schema della clausola di esonero da responsabilità la clausola penale con cui le parti abbiano fissato la misura degli interessi di mora al di sotto del tasso legale. Sul punto, v. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni in tema di clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 93 s.

⁽²⁴⁾ E. LUCCHINI GUASTALLA, cit., p. 94: "L'interprete può sì compiere sforzi di applicazione analogica o di interpretazione estensiva di una norma, ma una conclusione come quella appena ipotizzata (cioè la configurabilità di un potere giudiziale di aumento della penale esigua, per analogia con quanto disposto dall'art. 1384 c.c.) appare andare ben oltre il consentito".

principi quale quello dell'autonomia privata e del corretto funzionamento del libero mercato concorrenziale.

Ad ogni modo, solo e soltanto un intervento del legislatore, al fine di garantire una migliore tutela del creditore ed evitare la dichiarazione di nullità della clausola irrisoria, potrebbe consentire l'accesso nel nostro sistema giuridico del suddetto potere giudiziale, magari facendo leva sull'esperienza legislativa di un ordinamento affine a quello italiano⁽²⁵⁾.

Il codice civile francese, novellato da una imponente riforma entrata in vigore il 1° ottobre 2016, all'art. 1231-5 dispone: *“Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.*

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure”⁽²⁶⁾.

Tale norma imperativa (*Toute stipulation contraire ... est réputée non écrite*) attribuisce al giudice il potere di intervenire, anche d'ufficio, in un duplice modo: può diminuire la penale manifestamente eccessiva ovvero aumentare la penale (manifestamente) irrisoria⁽²⁷⁾. La correzione equitativa giudiziale di una penale eccessiva o irrisoria, a fini conservativi della clausola stessa, è stata introdotta nell'ordinamento transalpino con la

⁽²⁵⁾ A quel punto godrebbe di maggiore coerenza anche l'*iter* argomentativo elaborato dalle Sezioni unite nel 2005 per affermare la possibilità, per il giudice, di ridurre anche d'ufficio la penale manifestamente eccessiva.

⁽²⁶⁾ La precedente versione della norma, art. 1152, affermava che *“Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. 2. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite”*. Il secondo comma della disposizione è stato aggiunto mediante la L. 9 luglio 1975, n. 597.

⁽²⁷⁾ Sul tema, H., L. e J. MAZEAUD - F.CHABAS, *Leçons de droit civil*, II, 1, Montchrestien, 1998, p. 771 ss.; FAGES, *Droit des obligations*, Paris, 2013, p. 256 ss.

riforma legislativa del 1975⁽²⁸⁾; la *Loi* n. 1097/1985, in seguito, ha risolto positivamente la nota questione della rilevanza officiosa della penale eccessiva. Si rileva che l'omologo art. 1384 c.c., a differenza della norma francese, collega il potere correttivo del giudice all'interesse che il creditore aveva all'adempimento nel momento in cui è stato stipulato il contratto, interesse che potrebbe giustificare anche un'elevata misura di tipo sanzionatorio; l'art. 1231 del *Code civil français*, invece, lega l'intervento del giudice alla reale utilità che il creditore tragga dal ricevere (o non rifiutare) un adempimento parziale, così riducendo i profili sanzionatori della penale e valorizzando, invero, la sua funzione risarcitoria.

Ad ogni buon conto, si evidenzia come i casi di aumento della penale ingiustificatamente esigua sottoposti ai Tribunali francesi siano stati, ad oggi, piuttosto rari⁽²⁹⁾.

D'altra parte, occorre anche segnalare che, a differenza del *Code Civil* francese, l'art. III. – 3:712 del *Draft Common Frame of Reference*⁽³⁰⁾ così come i §§ 339 - 345 del *BGB* tedesco⁽³¹⁾ prevedono esclusivamente che il giudice possa ridurre la penale eccessiva, sottacendo in merito alla fattispecie diametralmente opposta.

⁽²⁸⁾ V. CITARELLA, *La penale esigua e l'equità del contratto*, Torino, 2016, p. 145 s., afferma che “la novella francese del '75, più che una vera e propria legge di riforma è stata (...) un adeguamento normativo, quasi un'interpretazione autentica, dell'elaborazione storico - dottrinale e del lavoro applicativo - giudiziale che hanno costantemente segnato la cultura giuridica francese. E' un generale risultato ricostruttivo della dogmatica e della casistica d'oltralpe che si può ritenere riassuntivo di un ormai prevalente orientamento della dottrina e della giurisprudenza francesi che, come in altri Paesi, sono attraversate, specie storicamente, da alterni contrasti sul ruolo del contratto e, dunque, di risulta, sulla funzione della clausola penale”.

⁽²⁹⁾ Ad esempio Cass. Soc., 5 giugno 1996, in *Répertoire général du notariat Deffrénois*, 1997, p. 737 ss.

⁽³⁰⁾ Nel 2008 è stato pubblicato il testo di un progetto di codice civile europeo, definito 'progetto di un quadro comune di riferimento (*Draft Common Frame of Reference*), predisposto da una commissione di natura accademica; nel 2009 il testo è stato aggiornato. Per un commento al progetto, G. ALPA - U. PERFETTI - P. ZATTI - G. IUDICA, *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009. L'art. III. – 3:712 del *Draft Common Frame of Reference* prescrive che “*despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances*”.

⁽³¹⁾ La mancata previsione di un aumento *ope iudicis* della penale manifestamente irrisoria è coerente con il sistema tedesco che prevede, in ogni caso, la risarcibilità del danno ulteriore, a differenza dell'ordinamento italiano in cui tale tutela rafforzata del creditore presuppone un esplicito patto tra i contraenti, come disposto ai sensi dell'art. 1382 c.c. Sul punto, diffusamente V. CITARELLA, *La penale esigua e l'equità del contratto*, cit., p. 115 ss.

2.3.- Poteri del giudice ex art. 1384 c.c.: orientamento giurisprudenziale dominante fino al 2005 e contrasti in dottrina.

Il meccanismo disciplinato dall'art. 1384 c.c. ha una portata ingente: permette infatti al giudice di valutare ed eventualmente correggere, secondo equità, un atto di autonomia privata⁽³²⁾.

Una questione che ha acceso il dibattito in dottrina e in giurisprudenza concerne l'estensione del succitato potere dell'organo giudicante e, in particolare, se questi possa ridurre la penale d'ufficio oppure se sia necessaria un'istanza di parte⁽³³⁾.

La dottrina tradizionale ha da sempre negato che il giudice possa ridurre la clausola penale *ex officio*, ritenendo invece che fosse necessaria l'iniziativa di parte⁽³⁴⁾.

Questa posizione era in linea con la giurisprudenza assolutamente prevalente⁽³⁵⁾. Prima dell'intervento della Cassazione nel 1999 -e nel 2005, a Sezioni Unite- sono

⁽³²⁾ Tra gli altri, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 492 – 493, ritiene che il potere attribuito al giudice ex art. 1384 c.c. sia "eccezionale."

⁽³³⁾ Sul potere officioso del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva, esiste una vasta quantità di opere della dottrina; a scopo esemplificativo si segnalano: E. MOSCATI, cit., p. 1784; A. DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 236; G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, in *Corriere giur.*, 2000, p. 68 ss.; E. F. RICCI, *Sui poteri officiosi del giudice in tema di interruzione della prescrizione e di riduzione della penale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 730 ss.; V. MARICONDA, *I criticabili orientamenti della cassazione sul dividend washing e sulla riduzione d'ufficio della clausola penale*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 153; R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 297 ss.

⁽³⁴⁾ G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 262; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 252; A. MAGAZZU', *Clausola penale*, (voce), in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1982, p.187; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 341; E. MOSCATI, op. cit., p. 1785; M. DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998.

⁽³⁵⁾ Cass., sent. 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 104; Cass., sent. 24 settembre 1994, n. 7859, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Appello civile*, 32; Cass., sent. 26 giugno 1981, n. 4157, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 235; Cass., sent. 26 gennaio 1982, n. 519, *ivi*, 1982, voce *cit.*, n. 207; Cass. 30 marzo 1984, n. 2112, *ivi*, 1984, voce *cit.*, n. 190; Cass., sent. 4 dicembre 1985, n. 218, *ivi*, 1985, voce *cit.*, n. 197; Cass. sent. 21 ottobre 1988, n. 10439, in *Gius.*, 1999, I, p. 52.

oltremodo rari i precedenti in cui alcuni tribunali di merito hanno ammesso la ridicibilità d'ufficio della penale, individuando in tale facoltà un esempio dell'applicazione del criterio dell'equità⁽³⁶⁾.

Il dato letterale della disposizione non è d'ausilio nel chiarire la questione, in quanto nulla precisa sul punto, a differenza di altre norme del codice nelle quali è espressamente prevista la facoltà del giudice di intervenire d'ufficio (per esempio, la disposizione relativa alla nullità del contratto).

Come detto, storicamente dottrina e giurisprudenza dominanti hanno ritenuto che occorresse un'espressa istanza di parte, cioè del debitore, poiché la regola prevista dall'art. 1384 c.c. sarebbe stata prevista in particolare a sua esclusiva tutela. Al fine di garantire il diritto di difesa del soggetto passivo dell'obbligazione, si è ritenuto fosse necessaria una sua espressa domanda per chiedere al giudice la riduzione della penale. L'art. 1384 c.c. andrebbe quindi a tutelare un interesse privato e personale del debitore e non un interesse generale dell'ordinamento.

Si è inoltre sostenuto che consentire al giudice di agire *ex officio* ai sensi dell'art. 1384 c.c., norma tradizionalmente ritenuta eccezionale⁽³⁷⁾, contrasterebbe con il principio dell'autonomia negoziale, rappresentando un'invasione non ammissibile nelle negoziazioni private.

Alle succitate argomentazioni di stampo sostanziale, se ne affiancano alcune di ordine processuale.

Ai sensi dell'art. 112 c.p.c. il giudice può pronunciarsi soltanto sulle istanze portate nel processo dalle parti (principio della corrispondenza tra *petitum* e giudicato). Ebbene, l'art. 1384 c.c. non consente espressamente all'autorità giudiziaria di agire *ex officio*, come accade invece in altre sedi, e il giudice s'imbatterebbe nel vizio di ultrapetizione qualora procedesse senza richiesta a ridurre la clausola penale⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Si segnalano: Trib. Firenze, 17 settembre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1050; Pret. Trento, 19 luglio 1991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 556; App. Bari, 20 giugno 1955, in *Foro it.*, 1956, I, c. 660.

⁽³⁷⁾ Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, in *Rep. Foro it.*, 1982, *Contratto in genere* (voce), n. 208; Cass., 10 novembre 1977, n. 4850, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 176.

⁽³⁸⁾ R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva*, cit., p. 297 ss.; G. SCHIAVONE, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*, in *Giur.it.*, 2006, c. 2279, p. 64 ss.; R. PALASCIANO, *La ridicibilità ex officio della clausola penale, tra equità delle sanzioni e principio della domanda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 563 ss.

La giurisprudenza ha condiviso questa impostazione e, anzi, l'ha resa ancora più rigorosa, prevedendo non soltanto la necessità dell'espressa istanza di riduzione della penale da parte del debitore, ma anche demandando la produzione delle prove a suo sostegno ed in particolare quella delle circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della penale.⁽³⁹⁾

Va segnalato che una parte della dottrina⁽⁴⁰⁾, seppur minoritaria, giungeva a conclusioni opposte a quelle appena illustrate e che costituivano l'orientamento assolutamente dominante.

Secondo una tesi, la corrispondenza tra chiesto e giudicato sarebbe una “mera petizione di principio”; inoltre, in base ad un'analisi sistematica dell'art. 1384 c.c., emergerebbe che la *ratio* della disposizione è quella di tutelare l'interesse generale della necessaria proporzione tra sanzione e illecito. Sarebbe inoltre irrazionale sostenere che il giudice non possa procedere alla riduzione *ex officio* soltanto perché manchi un'istanza di parte, con la conseguenza che anche ove egli s'imbattesse in una clausola penale manifestamente contraria alla regola di equità, dovrebbe fermarsi senza poter intervenire per correggere la pattuizione iniqua⁽⁴¹⁾.

Per questo minoritario indirizzo, quindi, il giudice potrebbe intervenire d'ufficio e ridurre la penale iniqua, configurandosi anzi il suo compito come un potere – dovere.

Nel tempo, la giurisprudenza di legittimità aveva introdotto alcuni “correttivi” in deroga a principi generali processual–civilistici, consentendo che l'istanza di riduzione

⁽³⁹⁾ “La richiesta può essere proposta tanto in via di azione che in via di eccezione (...), ma comunque sia proposta ed in qualunque momento intervenga deve essere accompagnata - come è avvenuto nella specie - dall'allegazione delle ragioni dell'asserita sproporzione rispetto all'interesse del creditore, nonché dall'indicazione delle fonti di prova precostituite o costituende della medesima”: così Cass., 5 agosto 2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, p. 336 ss., con nota di F. M. ANDREANI, *Riduzione della penale e valutazione dell'interesse del creditore*; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, cit.; Cass., 23 novembre 1990, n. 11282, in *Not. Giurispr. Lav.*, 1991, p. 361.

⁽⁴⁰⁾ A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 150 ss.; E. GABRIELLI, op. cit., p. 908; C. M. BIANCA, op. cit., p. 234; G. M. PELLEGRINI, *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 1997, I, I, p. 807.

⁽⁴¹⁾ A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 153 ss.

potesse essere proposta per la prima volta in sede di appello⁽⁴²⁾, o considerandola implicita nell'affermazione, da parte del debitore, di nulla dovere⁽⁴³⁾.

La Corte di Cassazione, con un'articolata motivazione, è, come noto, giunta a riconoscere per la prima volta la facoltà del giudice di ridurre la penale *ex officio* nella sentenza n. 10511 del 24 settembre 1999⁽⁴⁴⁾.

La S.C. rileva come il silenzio della legge lasci impregiudicata la questione relativa alla modalità d'esercizio del potere correttivo giudiziale. Ad avviso della Corte è necessario evitare di essere influenzati dalla “*dogmatica della volontà*” e da “*risalenti riserve contro l'intervento del giudice nella cittadella dell'autonomia privata*” e, concordando con la tesi dottrinale minoritaria, sentenzia anche che il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato è solo una “*petizione di principio*”. Si impone, a giudizio della Cassazione, un deciso inquadramento della riducibilità della clausola penale quale “*semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia*”. Questo controllo, prosegue la sentenza in esame, implica un bilanciamento tra principi costituzionali: da un lato l'autonomia contrattuale, garantita dall'art. 41 Cost., dall'altro il dovere di solidarietà sociale, previsto dall'art. 2 Cost., il quale si concretizza ed esplicita in ambito codicistico nel dovere di buona fede oggettiva e di correttezza. La clausola generale di buona fede, correlata all'art. 2 Cost., esige un “*dovere inderogabile di solidarietà che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti*”: il giudice, quindi, ha il potere e il dovere di ridurre la penale manifestamente eccessiva per

⁽⁴²⁾ Cass. 10 aprile 1980, n. 2299, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1500; Cass. 30 marzo 1984, n. 2112, cit.; Cass. 21 gennaio 1985, n. 218, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 197; Cass. 24 settembre 1994, n. 7859, cit.; Cass. 4 settembre 1997, n. 4976, in *Studium juris*, 1997, p. 962.

⁽⁴³⁾ Cass. 26 gennaio 1982, n. 519, cit.; Cass. 30 marzo 1984, n. 2112, cit.; Trib. Roma, 1 agosto 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, c. 482.

⁽⁴⁴⁾ Nel caso di specie si trattava di un contratto preliminare di vendita di un edificio in costruzione, promesso in vendita per £ 46.000.000; i contraenti avevano pattuito una penale di £ 200.000 per ogni giorno di ritardo nell'ultimazione dei lavori. Il ritardo accumulatosi era pari a 240 giorni (8 mesi) e la penale a £ 48.000.000, cioè addirittura superiore rispetto al prezzo di vendita dell'edificio. La Corte d'Appello, confermando quanto statuito in primo grado dal Collegio Arbitrale, negava la possibilità di riduzione della penale senza istanza di parte. La Corte di Cassazione, invece, accoglieva il ricorso, ritenendo che il giudice potesse ridurre d'ufficio la penale manifestamente eccessiva, in quanto l'art. 1384 c.c. andrebbe riletto alla luce dei valori costituzionali, ai sensi di un'interpretazione evolutiva. Cfr. sul punto M. R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 11 ss.

realizzare un interesse oggettivo dell'ordinamento, che è quello di garantire l'adeguatezza e la proporzione della sanzione rispetto all'illecito; ne consegue, quale effetto naturale, l'officiosità dell'intervento del giudice, esplicazione del principio inderogabile di giustizia della sanzione⁽⁴⁵⁾.

La riconduzione ad equità di negoziazioni manifestamente squilibrate, in linea con la clausola generale di buona fede, il principio di proporzionalità e la regola di equità, incontra peraltro molte (condivisibili) resistenze in parte della dottrina⁽⁴⁶⁾, la quale legge nell'intervento officioso del giudice una pericolosa intrusione nella sfera della libertà di autodeterminazione privata.

A onor del vero, il nuovo indirizzo non ha influenzato la successiva giurisprudenza della Corte di Cassazione, trovando conferma in un isolato caso⁽⁴⁷⁾: infatti, la Suprema Corte ha continuato strenuamente a sostenere la tradizionale necessità dell'istanza di parte ai fini della riduzione della clausola penale manifestamente eccessiva, spesso ponendosi in aperta polemica con il *révirement* del 1999⁽⁴⁸⁾.

2.4.- Le Sezioni unite sposano l'orientamento minoritario: riducibilità *ex officio*.

I persistenti contrasti giurisprudenziali hanno determinato l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che si sono pronunciate a favore

⁽⁴⁵⁾ Taluni passaggi argomentativi della sentenza sono trasposizioni letterali di altrettanti passi di A. MARINI, *La clausola penale*, cit., in particolare p. 137 ss.

⁽⁴⁶⁾ Si vedano le aspre critiche alla sentenza Cass., 24 settembre 1999, n. 10511 da parte di R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva*, cit., p. 297 ss.; cfr. altresì C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, cit., p. 174 s.

⁽⁴⁷⁾ Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 104 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 555.

⁽⁴⁸⁾ Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 447; Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1075; Cass. 27 ottobre 2000, n. 14172, cit.; Cass., 15 dicembre 1999, n. 14070, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Cassazione civile*, n. 260.

dell'ammissibilità della riduzione *ex officio* della clausola penale con la nota sentenza del 13 settembre 2005, n. 18128⁽⁴⁹⁾.

In tale pronuncia la Suprema Corte mostra apertamente di condividere l'impostazione della sentenza n. 10511 del 1999, posto che “*l'esegesi tradizionale non appariva più adeguata alla luce di una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.), nell'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie, da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 cod. civ.)*”.

Le Sezioni unite, nella *pars destruens* della motivazione, individuano e confutano tre ragioni che hanno spinto la precedente giurisprudenza a ritenere necessaria un'istanza di parte ai fini della riduzione della penale ai sensi dell'art. 1384 c.c.

La prima ragione è di ordine processuale ed è rinvenuta nell'art. 112 c.p.c. che enuncia il principio della corrispondenza tra *petitum* e giudicato: “il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa”. Secondo la Corte tale prima proposizione dell'art. 112 non viene in alcun modo trasgredita da un intervento d'ufficio del giudice, in quanto “*il limite postogli dalla norma è, in generale, che egli non può condannare il debitore ad una somma superiore a quella richiesta, mentre può condannarlo al pagamento di una somma inferiore*”.

Eventualmente, prosegue la S.C., potrebbe esserci un sospetto di violazione dell'art. 112 c.p.c. con riferimento alla sua seconda proposizione, che dispone che il giudice “*non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte solo dalle parti*”.

Nella sentenza in esame la Corte osserva che tale norma assevera semplicemente che, oltre alle eccezioni che possono essere sollevate solo dalle parti, sussistono quelle che possono invece essere rilevate anche d'ufficio. L'art. 1384 c.c. non fa alcun

⁽⁴⁹⁾ Cass., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Obblig. e contr.*, 2006, p. 415 ss., con nota di V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*; in *Danno e resp.*, 2006, p. 424 ss., con nota di A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*; in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 728 ss., con nota di E.F. RICCI, *Sui poteri ufficiosi del giudice in tema di interruzione della prescrizione e di riduzione della penale*; in *Foro it.*, 2005, 1, 2985, con nota di A. BITETTO, *Riduzione ex officio della penale: equità a tutti i costi?*; in *Corr. giur.*, 2005, p. 1538 ss., con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*.

riferimento all'esigenza di una domanda (o di un'eccezione) di parte, lasciando intendere che è possibile agire anche d'ufficio.

La seconda argomentazione della dottrina e della giurisprudenza che negano il potere officioso del giudice è rappresentata dalla necessità di tutelare gli interessi del debitore, soggetto per la cui esclusiva protezione la disposizione sarebbe stata elaborata: al debitore spetta dunque *“ogni iniziativa al riguardo ed ogni consequenziale valutazione dell'eccessività della penale ovvero della sua sopravvenuta onerosità, in relazione alla parte di esecuzione che il contratto ha avuto”*.

Rilevano peraltro le Sezioni Unite che il giudice “può”, ma non necessariamente “deve” ridurre la penale, poiché il debitore non ha alcun diritto ad ottenere la riduzione stessa⁽⁵⁰⁾.

D'altra parte il giudice dovrà valutare lo squilibrio tra le posizioni delle parti, non la esclusiva posizione soggettiva del debitore: egli, quindi, perseguirà, più che l'interesse del debitore, “un interesse che lo trascende”: il potere officioso di riconduzione ad equità della penale appare, secondo le S.U., attribuito nell'interesse dell'ordinamento, al fine di evitare che l'autonomia contrattuale superi i confini all'interno dei quali le posizioni soggettive dei contraenti sono meritevoli di tutela, *ex art. 1322 c.c.*.

La Corte precisa che nel nostro sistema giuridico sono previste altre ipotesi in cui l'intervento equitativo giudiziale, pur essendo teso in favore di una delle parti contendenti, non è per questo predisposto specificamente per la tutela di un interesse esclusivamente privato; quale esempio viene riportato il caso della liquidazione equitativa del danno *ex art. 1226 c.c.*, chiaramente esercitabile a prescindere da un'istanza di parte.

L'ultimo argomento, confutato dalle Sezioni Unite (e sostenuto fino a quel momento dalla giurisprudenza prevalente), concerne gli strumenti necessari per valutare l'adeguatezza della penale: il giudice, esercitando poteri equitativi finalizzati alla determinazione del suo oggetto, non ha altri criteri di giudizio se non quelli forniti dai contrapposti interessi delle parti, al fine di *“verificare se l'equilibrio raggiunto dalle parti*

⁽⁵⁰⁾ E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 1788; L. BOZZI, *La clausola penale tra risarcimento e sanzioni: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 1117; R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva*, *cit.*, p. 330.

stesse, nella preventiva determinazione delle conseguenze dell'inadempimento sia equo o sia rimasto tale?

Per la Corte anche questo argomento è giuridicamente debole, poiché si deve considerare che la mancata allegazione dell'eccessività della clausola penale va ad incidere *“sul piano fattuale dell'accertamento della sussistenza delle condizioni per la riduzione della penale medesima, ma non sull'esercizio officioso del potere del giudice”*.

La S.C., al fine di rafforzare la propria decisione, ricorda che il giudice, qualora ne risultino i presupposti, può dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto, senza che per tale accertamento occorran indagini su elementi di fatto non dedotti dalle parti nel processo ⁽⁵¹⁾.

Dopo aver evidenziato la precarietà dei tre argomenti principali prospettati dalla giurisprudenza fino allora assolutamente maggioritaria, la Corte, nella *pars costruens* della articolata motivazione in diritto, dichiara che sono invece le ragioni addotte a sostegno della tesi minoritaria ad essere più incisive e probanti, assumendo *“una valenza decisiva alla luce dei principi costituzionali posti in luce dalla sentenza n. 10511/1999”*.

La S. C., prendendo le mosse dall'art. 1322 c.c., afferma che la stessa legge riconosce limiti all'autonomia contrattuale, il cui rispetto è demandato al giudice, che esercita un potere officioso attribuitogli dalla legge⁽⁵²⁾.

Dopodiché si riflette su un'ipotesi: cosa succederebbe se nel nostro ordinamento non fosse stato previsto l'istituto della clausola penale e le parti l'avessero comunque inserita in un contratto? Il giudice, ai sensi dell'art. 1322 c. 2 c.c. verrebbe chiamato a valutare la meritevolezza di tale clausola e dovrebbe formulare d'ufficio un giudizio su di essa; questo giudizio officioso potrebbe avere esito negativo qualora si riscontrasse un contrasto dell'accordo con i principi fondamentali dell'ordinamento; *“la legge, nel*

⁽⁵¹⁾ La sentenza in esame cita altresì un passo di una decisione dell'anno precedente, Cass., 28 gennaio 2004, n. 1552: *“La rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto prevista dall'art. 1421 cod. civ. non comporta che il giudice sia obbligato ad un accertamento d'ufficio in tal senso, dovendo invece detta nullità risultare “ex actis”, ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, essendo i poteri officiosi del giudice limitati al rilievo della nullità e non intesi perciò ad esonerare la parte dall'onere probatorio gravante su di essa”*.

⁽⁵²⁾ Così la sentenza delle Sezioni Unite: *“L'osservanza del rispetto di tali limiti è demandato al giudice, che non può riconoscere il diritto fatto valere, se esso si fonda su un contratto il cui contenuto non sia conforme alla legge ovvero sia diretto a realizzare interessi che non appaiono meritevoli secondo l'ordinamento giuridico”*.

momento in cui ha ampliato l'autonomia delle parti, in un campo normalmente riservato alla disciplina positiva, ha riservato al giudice un potere di controllo sul modo in cui le parti hanno fatto uso di questa autonomia (...) tale potere appare concesso in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità".

In alcuni casi, prosegue la S.C., la correzione della volontà delle parti avviene "automaticamente", per effetto di una norma di legge (esemplare in tal senso è l'istituto della sostituzione automatica di clausole); in altre ipotesi non sono previsti gli inserimenti automatici, poiché non si può predeterminare il contenuto di una prestazione, la quale, in tali casi, sarà determinata dal giudice *"per evitare che le parti utilizzino uno strumento legale per ottenere uno scopo che l'ordinamento non consente ovvero non ritiene meritevole di tutela"*, come nel caso della riduzione della clausola penale, sia a causa della sua manifesta iniquità, sia in presenza di adempimento parziale.

Il potere correttivo attribuito al giudice è esercitato, come già detto, non nell'interesse di una parte, bensì nell'interesse dell'ordinamento, *"per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela"*.

Di conseguenza, conclude la sentenza n. 18128 del 2005, il giudice può esercitare il proprio potere anche d'ufficio, al fine di *"correggere il potere di autonomia privata, riducendolo nei limiti in cui opera il riconoscimento di essa, mediante l'esercizio di un potere equitativo che ristabilisca un congruo temperamento degli interessi contrapposti"*⁽⁵³⁾.

In definitiva, le Sezioni Unite fanno propria quella corrente di pensiero secondo cui è necessario pervenire a un mutamento delle conclusioni circa il potere attribuito al giudice ai sensi dell'art. 1384 c.c., a più di (allora) sessant'anni dall'entrata in vigore del codice civile, in un'epoca in cui assumono un ruolo sempre più centrale i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, parallelamente all'erosione del dogma della volontà. L'intervento officioso dell'organo giudicante sul contenuto del contratto è da considerarsi, in un tale contesto, legittimo, in quanto teso a realizzare non un interesse della parte bensì un interesse primario dell'ordinamento (tutelare l'autonomia privata

⁽⁵³⁾ Recentemente la Cassazione ha ribadito l'adesione a tale orientamento, sottolineando che "la riduzione della clausola penale può essere chiesta anche in Appello e, anzi, può essere disposta anche d'ufficio": Cass., 26 ottobre 2016, n. 21646, in www.dejure.giuffre.it.

al fine di evitare un abuso di libertà contrattuale)⁽⁵⁴⁾, conformemente al dovere inderogabile di solidarietà sancito dall'art. 2 della Carta costituzionale.

2.5.- Osservazioni critiche.

L'orientamento condiviso dalle Sezioni unite e confluito nella sentenza appena esaminata, a prima vista conforme al contesto giuridico moderno e carico di istanze solidali nell'ottica della proporzionalità degli scambi, non pare tuttavia condivisibile, per le seguenti ragioni.

I.- Innanzitutto occorre sottolineare come attribuire al giudice un potere officioso di *reductio ad aequitatem* comporti il rischio di azzerare l'attitudine deterrente-coercitiva della clausola penale, vale a dire la sua funzione (complementare rispetto a quella di stampo risarcitorio) di mettere pressione e responsabilizzare il debitore, inducendolo ad adempiere correttamente le sue obbligazioni⁽⁵⁵⁾.

II.- Un secondo profilo di debolezza nelle argomentazioni delle Sezioni unite sembra consistere nel fatto di aver trascurato le valutazioni soggettive del creditore⁽⁵⁶⁾:

⁽⁵⁴⁾ L'art. 1384 c.c. è, secondo tale lettura, norma imperativa riconducibile al concetto di ordine pubblico economico, tale da rappresentare "un interesse primario dell'ordinamento e, pertanto, assolve una funzione di controllo sugli atti di autonomia privata". P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in L. Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 55. Si veda altresì M. GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e Germania*, Milano, 2009, p. 239 ss.

⁽⁵⁵⁾ A. PALMIERI, *Supervisione sistematica della clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, in *Foro it.*, 2006, I, 106 ss. ipotizza il caso di una clausola penale che "matura per ciascun giorno di ritardo nella consegna di un appartamento in costruzione. L'importo totale, che a fronte di rinvii modesti può sembrare accettabile, fa presto ad ingigantirsi e ad assumere le sembianze di un premio spropositato per chi ha comunque conseguito il godimento del bene. Ma non era forse proprio questa prospettiva a placare le ansie dell'acquirente, che aveva programmato tutti i suoi impegni per entrare nella nuova abitazione il giorno prestabilito? E se egli aveva a propria volta venduto l'immobile precedentemente occupato, obbligandosi a sgomberarlo entro quella data?"

⁽⁵⁶⁾ Critica sollevata per la prima volta da A. BITETTO, *Riduzione "ex officio" della penale: equità a tutti i costi?*, in *Foro it.*, I, 2006, 432 ss.; ne dà conto E. BATTELLI, *La riduzione della clausola penale ex officio*, in *Contratti*, 2007, p. 493.

quando si pattuisce l'inserimento nel regolamento negoziale di una clausola penale, si deduce l'interesse globale nella sua dimensione concreta, comprensivo: dell'utilità economica che si vuole ricavare dalla prestazione, della eventuale "perdita di affezione"⁽⁵⁷⁾ in caso di inadempimento e, infine, del beneficio consistente nell'evitare le impervietà e la lentezza della macchina processuale.

Se si ritiene, d'altra parte, che gli assetti contrattuali coincidono con la migliore allocazione del rischio⁽⁵⁸⁾, allora si dovrà necessariamente sostenere che un intervento esterno da parte del giudice avrà un impatto economicamente impossibile ed eticamente ingiusto⁽⁵⁹⁾.

III.- Inoltre, se la possibilità di riduzione d'ufficio della penale è preordinata - come sembra - alla realizzazione del principio generale dell'equilibrio e dell'adeguatezza delle prestazioni, inteso quale interesse oggettivo dell'ordinamento, non si comprende la *ratio* della disparità di trattamento in base alla quale il giudice può intervenire a calmierare la penale eccessiva (che è valida), ma non può elevare la penale di consistenza irrilevante, che è invece nulla per violazione dell'art. 1229 c.c., come già illustrato. Evidenti ragioni di coerenza sistematica e di simmetria imporrebbero che il potere dell'organo giudicante operasse su un binario a doppio senso di marcia.

IV.- L'aspetto della riducibilità *ex officio* della penale che pare meno convincente è tuttavia un altro. Non si può non rilevare che, al di fuori di un'istanza di parte, l'agire officioso del giudice, anche qualora risulti "sbilanciato" lo scambio, rischia di porsi in contrasto con l'esercizio dell'autonomia contrattuale, in spregio alla regola che non

⁽⁵⁷⁾ C. MEDICI, *Controllo sulla penale "manifestamente eccessiva" ed equilibrio degli scambi contrattuali*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 416.

⁽⁵⁸⁾ A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali*, cit., 106.

⁽⁵⁹⁾ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 408 s., qualifica l'intervento correttivo giudiziale "economicamente impossibile", perché "i giudici ne sanno meno delle parti su quel che conviene" ed "eticamente ingiusto", in quanto si chiede: "la giustizia è proporzione, ma come stabilire la proporzione abolendo le libere scelte cui proporzionarla?" e prosegue affermando che i giudici "abolirebbero però sicuramente la libertà. Libertà è anche scambiare alle condizioni concordate, quali che siano".

consente interferenze autoritative sulle pattuizioni tra privati, se non nei casi tassativamente previsti dalla legge⁽⁶⁰⁾.

Orbene, nonostante il mercato non possa sfuggire a fenomeni di eterocorrezione, il perseguimento di una norma di governo dell'autonomia contrattuale tesa ad inseguire dall'origine un adeguato equilibrio sinallagmatico, contribuirebbe alla soppressione (o, quantomeno, all'inquinamento) del ruolo del contratto inteso quale strumento di autonoma gestione di interessi patrimoniali⁽⁶¹⁾.

Il contratto è, e non può non essere, uno strumento per comporre e conseguire interessi privati e disponibili delle parti, tra di essi contrapposti. Non è, e non deve diventare, quindi, espressione di un dovere di solidarietà sociale e, in quanto tale, mezzo per attuare interessi anche ultraindividuali⁽⁶²⁾.

Una volta che è stata assicurata l'appropriata conoscibilità, da parte di ogni contraente, in merito ai diritti ed obblighi nascenti dalla pattuizione ed alle conseguenze ad essi interconnesse, la vicenda contrattuale entra nelle concrete dinamiche del mercato⁽⁶³⁾ e i controlli, anche correttivi, da parte dell'ordinamento

⁽⁶⁰⁾ Cass., 19 aprile 2002, n. 5691; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Giust. Civ.*, 2001, 1, p. 104 ss.; Cass., 21 ottobre 1998, n. 10439, in *Foro it. Mass.*, 1998, voce *Contratto in genere*: tali pronunce partono dal presupposto che il potere riduttivo del giudice ex art. 1384 c.c. sia un rimedio previsto nell'interesse esclusivo del debitore.

⁽⁶¹⁾ “Nella misura in cui è regno di libertà, il contratto può essere anche regno della disegualianza e della discriminazione, basate su libere scelte dei contraenti”: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 79. Si veda altresì F. BENATTI, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, p. 699 ss.

⁽⁶²⁾ L. BOZZI, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione*, cit., p. 1126: “Il pericolo non è (tanto e solo) che i giudici ‘riscrivano’ i contratti secondo il loro personale ideale di giustizia ed equità, sovrapponendosi a ciò che le parti avevano effettivamente statuito, né l'autonomia privata è un dogma o una ‘cittadella’ inattaccabile (e infatti è ‘attaccata’, per esempio dalla sostituzione automatica di clausole). Il problema è piuttosto che un intervento del giudice a prescindere dall'istanza della parte (e quindi, in ipotesi, ragionando ovviamente per assurdo, non solo invito domino ma anche nel dissenso della parte rispetto a tale intervento) potrebbe finire con lo svuotare di contenuto precettivo, di significato, con il ‘ridurre d'ufficio’ quel *quid pluris* che costituisce la funzione e la ragione della clausola penale”.

⁽⁶³⁾ G. B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in Id., *Le metamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, p. 228: il mercato “è e resta, comunque libero, pur se sottoposto ad alcuni controlli correttivi, quando gli scambi continuino a determinarsi, in esso, in maniera spontanea e non coattiva. E in questo senso la libera concorrenza è tendenzialmente (certamente non sempre) un segno della libertà del mercato e di autonomia di coloro che in esso agiscono”. Si veda A. SPATUZZI, *L'entità della penale, tra lex contractus ed eterointegrazione giudiziale*, in *Contratti*, 2016, p. 403 ss.

devono costituire ipotesi eccezionali, previste e disciplinate dal legislatore in casi di peculiare squilibrio economico o asimmetrie informative tra le parti⁽⁶⁴⁾, come si avrà modo di precisare nel prosieguo del presente studio. All'opposto, disquisendo di clausola penale, non è dato individuare *ex ante* un contraente "debole", dovendosi pertanto presumere, fino a prova contraria, una condizione paritaria delle parti.

Nel contesto appena tratteggiato, non si dimostra immune da profili critici l'orientamento scelto dalle Sezioni unite del 2005 (nonché dalle successive pronunce e da una parte della dottrina), in base al quale la proporzionalità e la congruità della sanzione comminata per il tramite della clausola penale configurano un interesse oggettivo dell'ordinamento in nome della solidarietà di cui all'art. 2 Cost., sembrando piuttosto preferibile inquadrarlo come un interesse prevalentemente soggettivo della parte (il debitore), alla quale va riservata la decisione se avvalersi (e quindi domandare) del rimedio previsto dall'art. 1384 c.c.

Il richiamo alla solidarietà di cui al secondo principio fondamentale della nostra Costituzione, infatti, pare alquanto improprio e tutt'altro che necessario: sulla scorta dell'orientamento delle S.U., il giudice, diminuendo l'entità della penale, dovrebbe perseguire l'equilibrio del mercato concorrenziale, dal momento che si attribuisce rilievo all' "equilibrio delle prestazioni" e all' "interesse oggettivo dell'ordinamento" e non alle conseguenze dell'applicazione della penale sui patrimoni delle parti⁽⁶⁵⁾.

Inoltre, non è affatto pacifico in dottrina che i precetti costituzionali possano produrre un'efficacia diretta nei rapporti intersoggettivi; sicuramente talune disposizioni della Carta sono strutturate in forma regolativa e, pertanto, sono direttamente applicabili ai rapporti tra privati, basti pensare agli artt. 36, comma 1, 37,

⁽⁶⁴⁾ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, vol. II, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, p. 234: l'A. sottolinea che la mancanza di congruità dello scambio non legittima mai l'intervento dirigitico dello Stato, per mezzo dell'iniziativa giudiziale, salvo che per i contratti dei consumatori (art. 33, c.2, lett. f), Cod. Cons.), lo squilibrio non può essere equiparato ad una causa di nullità dell'atto. In merito alla clausola penale nei contratti dei consumatori, App. Milano, 23 luglio 2004, in *Contratti*, 2005, I, p. 1113 ss., con nota di A. MANIÀCI, *Clausola penale eccessiva: "inefficacia" o riducibilità?*.

⁽⁶⁵⁾ C. CICALA, *La riducibilità d'ufficio della penale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 701; E. BATTELLI, *La riduzione della clausola penale ex officio*, cit., p. 496, fa giustamente notare, in modo acuto e caustico, che "talvolta si ha l'impressione che il richiamo a principi superiori e trascendenti serva da 'cavallo di Troia' per introdurre nel giudizio elementi di valutazione e poteri discrezionali da parte del giudice che altrimenti non potrebbero trovare asilo nella decisione".

comma 1 ovvero 39 e 40. D'altra parte, quanto alle norme costituzionali che sanciscono principi (e l'art. 2 fa parte dei Principi fondamentali della Costituzione), pare preferibile l'orientamento che esclude una loro immediata e diretta applicabilità: la libertà contrattuale, infatti, può essere sottoposta a restrizioni esclusivamente ad opera della legge e nella misura in cui è sancito nella legge; i principi costituzionali sono idonei a dettare criteri e direttive interpretative di tali leggi, ma non anche a divenire parte integrante (e disciplinante) del regolamento contrattuale⁽⁶⁶⁾.

Alcuni Autori sostengono invece l'immediata e diretta operatività dell'art. 2 Cost. nei rapporti privati, venendo il precetto in questione applicato in combinato disposto con la clausola generale di buona fede (oggettiva), il che permette di attribuire alla clausola di correttezza anche la *vis* imperativa del principio costituzionale, con la conseguenza che l'inserimento nel contratto di regole confliggenti con il dovere imposto dalla buona fede integra la violazione di norme imperative, sanzionate *ex art.* 1418 c.c. con la nullità⁽⁶⁷⁾. Tuttavia, questa impostazione sembra mostrare una doppia falla: *in primis*, come stigmatizzato da autorevole dottrina, "in nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni"⁽⁶⁸⁾. Inoltre, la clausola penale manifestamente eccessiva non viene affatto sanzionata con la nullità, ma corretta attraverso la *reductio ad aequitatem*, in quanto essa, al momento della sua genesi, è perfettamente valida: non avrebbe senso la riduzione ad equità di una

⁽⁶⁶⁾ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, p. 7 s., afferma che "il riferimento ai valori costituzionali per concretizzare una clausola generale non attribuisce ai diritti fondamentali un'efficacia normativa mediata sull'autonomia privata: la loro rilevanza sotto questo profilo non è diversa da quella degli standard sociali di valutazione ai quali il giudice si riferisce quando si serve di una clausola generale per formare la regola concreta di decisione coerente con lo scopo del contratto"; cfr. altresì R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in <http://www.robertobin.it/articoli>.

⁽⁶⁷⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; cfr. altresì N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 2016; M. R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, p. 3 ss.

⁽⁶⁸⁾ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 9; sul rapporto tra buona fede e art. 2 Cost., F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, p. 840 ss.

clausola affetta da invalidità e l'intervento correttivo dell'autorità giudiziaria ne presuppone infatti la validità.

V.- Si è detto che le Sezioni unite nel 2005 hanno preferito condividere l'orientamento della precedente sentenza n. 10511 del 1999, la quale per la prima volta ha spiegato il meccanismo di riduzione della penale traslando il ragionamento dal piano della tutela delle parti a quello in cui a rilevare è l'interesse primario dell'ordinamento a garantire l'adeguatezza e la proporzione della sanzione rispetto all'illecito. Pertanto, secondo la Cassazione, l'intervento correttivo dell'organo giudicante rappresenta un ordinario aspetto del normale controllo che l'ordinamento riserva agli atti di autonomia privata, tenuto conto della “*costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato*”⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾; la S.C. ritiene che la legge pattizia non possa prescindere dal dovere di correttezza che “*si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo quindi alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente; per modo che non risulti disatteso quel dovere inderogabile di solidarietà che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti*”⁽⁷¹⁾.

Se questo è il significato della “sinergia” che si sviluppa, secondo la Cassazione, tra solidarietà e principio di inesigibilità di alcune pretese creditorie, da una parte, e la buona fede, dall'altra, nell'ambito dell'istituto disciplinato dall'art. 1384 c.c. si può

⁽⁶⁹⁾ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.: “(...) E questo controllo, nel richiamato contesto di intervenuta costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato, non può ora non implicare anche un bilanciamento di ‘valori’, di pari rilevanza costituzionale, stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale accanto al valore costituzionale della “iniziativa economica privata” (*sub* art. 41) che appunto si esprime attraverso lo strumento contrattuale - di un concorrente ‘dovere di solidarietà’ nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.). Dal quale la Corte costituzionale ha già, in particolare, desunto ‘l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie’ (cfr. sent. n. 19/1994). E che, entrando (detto dovere di solidarietà) in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, all'un tempo gli attribuisce una *vis* normativa e lo arricchisce di contenuti positivi”.

⁽⁷⁰⁾ Ne dà ampiamente conto U. PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2006, p. 187 ss.

⁽⁷¹⁾ Cass., 10511/1999, cit., riprendendo testualmente Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 852 ss., con nota di N. PICARDI; in *Corr. Giur.*, 1994, I, p. 566 ss., con nota di V. CARBONE; in *Giust. Civ.*, 1994, II, p. 2159 ss., con nota di M. MORELLI.

ritenere che la predetta clausola generale sia rivestita di un ruolo pressoché ornamentale. Infatti, se si intende la riduzione giudiziale della penale come intervento necessario al fine di garantire proporzionalità tra sanzione e violazione e come tutela dell'interesse oggettivo dell'ordinamento a preservare detta simmetria, non occorre ricorrere ad additivi impropri, quale è, nel caso in esame, il richiamo alla clausola generale di buona fede oggettiva⁽⁷²⁾.

Nell'impianto elaborato dalle Sezioni unite, così come il richiamo alla solidarietà di cui all'art. 2 Cost., neppure quello alla buona fede sembra adeguato né convincente.

2.6.- Sulla configurabilità dell'*estensione analogica* della disciplina di cui all'art. 1384 c.c.

In materia di clausola penale, pare opportuno interrogarsi anche in merito alla natura eccezionale, o meno, dell'art. 1384 c.c., al fine di valutare la possibilità di una sua eventuale applicazione analogica⁽⁷³⁾ ad istituti simili (a dire il vero, non troppo), come la caparra confirmatoria.

La dottrina non ha fatto mancare il suo contributo nell'offrire una definizione di eccezionalità di una norma: una tesi risalente nel tempo ritiene che sono eccezionali le

⁽⁷²⁾ Chiarisce U. PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale*, cit., p. 190, che "se l'adeguatezza è coesistente al concetto di sanzione, è questo binomio e non la buona fede che contiene in sé tutti gli elementi per giustificare la riduzione; né la funzione del canone può essere in altro modo recuperata, considerando che l'adeguatezza trae sostanza dalla relazione con la sanzione e non dal rapporto tra contraenti. (...) L'impiego della buona fede all'interno del meccanismo di riduzione della penale quale strumento per negare effetti a pretese scorrette, richiederebbe, infatti, la costruzione di una relazione biunivoca tra riducibilità della penale, da un lato, e scorrettezza del comportamento di chi, avendola imposto con un contenuto da giudicare sproporzionato, o eccessivo, pretendesse, dall'altro lato, l'attuazione della relativa pretesa".

⁽⁷³⁾ Purché, ovviamente, ricorrano tutti i requisiti dell'analogia *legis*, cioè la presenza di una lacuna in senso proprio, la sussistenza di una *eadem ratio* tra il caso disciplinato e quello non disciplinato, e, infine, la *non eccezionalità* della norma di cui si attui la estensibilità per analogia. Un autorevole studio sul tema è di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 1980, in particolare p. 350 ss. per quanto concerne l'argomento *a simili ad simile* (ovvero argomento analogico).

norme “rispondenti a una specifica utilità”⁽⁷⁴⁾; altri Autori ritengono che è eccezionale la norma “a fattispecie esclusiva” o “del caso singolo”⁽⁷⁵⁾; un’altra teoria rinviene il *discrimen* tra norme generali e norme eccezionali nella circostanza che queste siano derogatorie rispetto alle norme generali della fattispecie in esame, che sarebbero state applicate in assenza di quella eccezionale⁽⁷⁶⁾.

Altra parte della dottrina fonda la distinzione tra norme eccezionali e regolari sulla base di criteri qualitativi, conseguenti a un’interpretazione evolutiva dell’ordinamento e dell’esperienza giuridica. La norma va ritenuta eccezionale per il “valore” che esprime nell’ordinamento giuridico: l’eccezionalità, infatti, “rappresenta una valutazione qualitativa rispetto ai valori ed ai principi che storicamente si vengono a formare nella dinamica dell’ordinamento e dell’esperienza nella sua totalità”⁽⁷⁷⁾.

Alla luce di quest’ultima tesi di “ermeneutica evolutiva”, non pare un esercizio di stile chiedersi se l’art. 1384 c.c., a seguito delle pronunce della Corte di Cassazione e del processo evolutivo culturale e giuridico europeo⁽⁷⁸⁾, sia ancora da considerarsi norma eccezionale oppure si sia “trasformata” in una norma ordinaria.

Come noto, ai sensi dell’art. 14 delle Disposizioni preliminari al codice civile nel nostro ordinamento è vietata l’applicazione analogica delle norme eccezionali (oltre che di quelle penali). È interessante osservare che, a tal proposito, autorevole dottrina

⁽⁷⁴⁾ R. ORESTANO, *Ius singolare e privilegium in diritto romano*, in *Ann. Univ. Macerata*, 1937, p. 5 ss.; ID., *Scritti. Saggistica*, I, Bologna, 1998, p. 309 ss.

⁽⁷⁵⁾ M. S. GIANNINI, *L’analogia giuridica*, in *Jus*, II, 1942, p. 47; A. CERRI, *L’estensione analogica e/o per ragione d’eguaglianza ed il privilegio favorevole*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 65 ss.; O. CLARIZIA, *Tertium comparationis, norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli, 2006, p. 171 ss.

⁽⁷⁶⁾ F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 520; P. COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, Modena, 1915, p. 70 ss.; V. GUELLI, *Il diritto singolare e il sistema giuridico*, Milano, 1942, p. 47 ss.; G. VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia nel diritto penale*, Milano, 1942, p. 35 ss. Sul tema *de quo* si veda altresì D. CARUSI, *Art. 14 delle Preleggi, giurisprudenza additiva della Corte Costituzionale, principio di uguaglianza-razionalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 573 ss.

⁽⁷⁷⁾ P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1988, p. 292; v. altresì, del medesimo Autore, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss., nonché *L’ordinamento vigente e i suoi valori, Problemi di diritto civile*, Napoli, 2006, p. 5 ss.

⁽⁷⁸⁾ *Principi Unidroit*, art. 7.4.13; *Principles of European Contract Law*, art. 4.508; Risoluzione CE del 29 gennaio 1978, avente ad oggetto la disciplina uniforme delle clausole penali.

ha manifestato perplessità sulla distinzione tra il ricorso all'analogia e l'interpretazione "estensiva", che "non si sa bene in cosa consista ma si sa benissimo a cosa serve, (...) per far conseguire al giudice, mediante l'interpretazione, risultati che, per l'art. 14 delle preleggi, sarebbero vietati" ⁽⁷⁹⁾.

Tale corrente di pensiero propone una ripartizione in questi termini: "l'interpretazione estensiva estende la portata di una norma, l'analogia introduce nel sistema una norma nuova. (...) Importa il risultato che si vuole raggiungere, non il procedimento adoperato per raggiungerlo" ⁽⁸⁰⁾.

Si rileva che, in alcuni casi, anche la Corte Costituzionale ha sostanzialmente adottato un'interpretazione analogica delle norme eccezionali, seppur rivestendo formalmente l'operazione come interpretazione di tipo estensivo ⁽⁸¹⁾.

Sul piano applicativo, viste le precedenti considerazioni, non pare emergere una sostanziale differenza tra interpretazione estensiva ed analogica, in quanto, ad ogni modo, nessuno dei due procedimenti può esonerarsi dall'esame e dal richiamo dei principi generali dell'ordinamento.

Alcuni Autori hanno ritenuto che la distinzione sia "di grado e non di sostanza" ⁽⁸²⁾, poiché anche nell'analogia si estende il raggio di applicazione di una

⁽⁷⁹⁾ Così N. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, I, I, c. 695 ss.; Cfr. anche A. OCCHINO, *Tra interpretazione estensiva e analogia legis (a proposito della interpretazione di una clausola collettiva)*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3060 ss.; A. LALLI, *Analogia e potere interpretativo del giudice*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 889

⁽⁸⁰⁾ N. BOBBIO, op. cit., c. 698 ss. Gli studi della dottrina in esame sono stati sollecitati da una sentenza della Cassazione (Cass., 3 luglio 1967, n. 1621, in *Foro it.*, 1968, I, I, c. 696 ss) nella quale il meccanismo dell'interpretazione estensiva era stato utilizzato perché la manipolazione delle parole aveva consentito di raggiungere il risultato desiderato; qualora questo meccanismo fosse insufficiente, e il giudice considerasse giusto applicare ad altre ipotesi la norma eccezionale, appellerebbe interpretazione estensiva quel procedimento che è invece l'analogia. Con la manipolazione verbale, caratteristica dell'interpretazione estensiva, possono quindi essere raggiunti risultati ancor più innovativi del meccanismo dell'analogia.

⁽⁸¹⁾ Corte Cost., 6 luglio 2001, n. 227, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2027 ss., con nota di R. GUASTINI, *Interpretazione estensiva o applicazione analogica?*; O. CLARIZIA, *Tertium comparationis, norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo*, cit., p. 171 ss.

⁽⁸²⁾ L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 327; condivide la tesi G. CARCATERRA, *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 17.

norma, ma per un principio dell'ordinamento unitariamente considerato, vale a dire per una norma di grado superiore⁽⁸³⁾.

Tornando all'art. 1384 c.c., se pare condivisibile la tesi per cui il muro divisorio tra interpretazione estensiva e analogia è alquanto labile, quasi trasparente, non sembra necessario ricorrere all'*éscamotage* consistente nel mascherare un'operazione quale interpretazione estensiva per ottenere il risultato dell'applicazione analogica della norma *de qua* alla caparra confirmatoria, in quanto i due istituti presentano evidenti differenze dal punto di vista strutturale⁽⁸⁴⁾ e funzionale⁽⁸⁵⁾⁽⁸⁶⁾.

Si segnala che una parte della dottrina, presupponendo una certa affinità tra penale e caparra quali strumenti rafforzativi delle obbligazioni contrattuali, considera applicabile analogicamente alla seconda l'art. 1384 c.c., norma che, pertanto, non verrebbe considerata eccezionale⁽⁸⁷⁾. Il ragionamento sotteso a tale tesi è il seguente:

⁽⁸³⁾ M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, cit., p. 531; N. BOBBIO, cit., p. 605.

⁽⁸⁴⁾ Dal punto di vista strutturale, infatti, la penale non è una mera promessa di prestazione, bensì un'effettiva dazione di denaro o di altri beni fungibili. Inoltre, la penale è caratterizzata da unilateralità, a fronte della bilateralità della caparra (gravante sull'*accipiens*, qualora egli si renda inadempiente): tale distinzione induce a escludere il rischio di approfittamento e di abuso di un contraente nei confronti dell'altro. Osserva peraltro S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, p. 869 s., che "la bilateralità del rimedio non scaccia di per sé il rischio di abuso".

⁽⁸⁵⁾ Dal punto di vista funzionale rileva che l'oggetto della penale è liberamente stabilito, nel suo ammontare, dai contraenti, mentre il *quantum* della caparra deve essere necessariamente inferiore rispetto a quello della prestazione principale: in altri termini, essendo la caparra una parte di quanto dovuto a titolo di controprestazione, essa non può superare (e nemmeno pareggiare) il valore di quest'ultima.

⁽⁸⁶⁾ Evidenziano i molteplici profili di differenza tra i due istituti R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, II, p. 175 nonché G. DE NOVA, *Caparra* (voce), in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1988, II, p. 241.

⁽⁸⁷⁾ V. M. TRIMARCHI, *Caparra* (voce), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 202; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 907; A. DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, cit., p. 236 ss; M. POLASTRI MENNI, *Se la caparra confirmatoria sia suscettibile di riduzione equitativa da parte del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1197, ritiene che la innovativa collocazione, nel codice civile, delle norme sulla caparra confirmatoria e di quelle sulla clausola penale "in una medesima sezione, rivela l'intento – insussistente o per lo meno discusso sotto il vigore del codice abrogato – di assoggettare i due istituti ad una disciplina fondamentalmente unitaria, in considerazione degli effetti comuni che determinano nei confronti dell'obbligazione di risarcimento del danno scaturente dall'inadempimento dell'obbligazione principale". Manifesta invece seri dubbi in merito alla accomunamento e fusione delle discipline S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., p. 39 ss., trattandosi di "istituti che assolvono a differenti funzioni, proprio sotto il profilo, rubricato nel Capo V, degli effetti del contratto".

posto che l'art. 1384, lungi dal costituire una limitazione dell'autonomia privata, mira a tutelare un interesse primario oggettivo dell'ordinamento (corrispondenza della sanzione al principio di proporzionalità, come da sentenza delle Sezioni unite), la ridicibilità è destinata ad operare ogni volta in cui ci trovi dinanzi a una pattuizione finalizzata a realizzare una funzione sanzionatoria e una funzione rafforzativa della tutela degli interessi del creditore⁽⁸⁸⁾.

La dottrina tradizionale, nonché la giurisprudenza prevalente, ritengono invece che la disposizione in esame sia una norma eccezionale, in virtù del fatto che essa contempla un potere correttivo del giudice piuttosto invasivo ed erosivo dell'autonomia privata⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁸⁾ V. CITARELLA, *La penale esigua e l'equità del contratto*, cit., p. 135, afferma che "è stato attribuito al meccanismo di riduzione il ruolo di riequilibrare, secondo l'equità correttiva o commutativa, l'intero rapporto contrattuale finalizzato all'esigenza di proporzionalità e giustizia della sanzione in ragione dell'interesse primario dell'ordinamento giuridico".

⁽⁸⁹⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 492; G. DE NOVA, *Clausola penale*, cit., p. 381; R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva*, cit., p. 315; G. BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, cit., p. 550; M. PERSICO, *La clausola penale*, cit., p. 83; A. MARINI, *Caparra (voce)*, *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 4, pur non negando l'analogia funzionale tra penale e caparra confirmatoria, esclude che la disciplina della prima, considerata eccezionale sotto il profilo del potere giudiziale di riduzione, possa essere estesa alla seconda. In giurisprudenza, Cass., 30 giugno 2014, n. 14776, in *Contratti*, 2014, p. 102, che richiama "l'attenzione sulle chiare differenze, sia sul piano strutturale che funzionale, intercorrenti tra la figura della clausola penale e quella della caparra confirmatoria. Ed invero, se la prima viene tradizionalmente considerata come un patto accessorio di un contratto con funzione, insieme, di coercizione all'adempimento e di predeterminazione del risarcimento dovuto, in caso di inadempimento, la caparra confirmatoria, pur assolvendo anch'essa una funzione di preventiva liquidazione del danno, per il caso dell'altrui inadempimento, svolge altresì la funzione di anticipato parziale pagamento per l'ipotesi di adempimento (...) Ed invero, la disposizione dell'art. 1384 c.c., contemplando l'attribuzione al giudice del potere di incidere in un caso del tutto peculiare sulle pattuizioni private e di modificare il relativo contenuto, è norma che fa eccezione alla regola generale, immanente al sistema e formalmente sanzionata nell'art. 1322 c.c., che impone il rispetto dell'autonomia contrattuale dei privati, e, consequenzialmente, non è passibile di applicazione analogica a situazioni diverse da quella in essa specificamente previste. Tutto ciò premesso, si deve perciò condividere l'orientamento consolidato di questa Corte, secondo cui il potere del giudice di riduzione della penale previsto dall'art. 1384 c.c. non può esser esercitato per la caparra confirmatoria". V. altresì Cass., 1 dicembre 2000, n. 15391, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Contratto in genere*; Cass., 30 dicembre 1997, n. 13120, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce cit., n. 420; Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, cit.; Cass., 10 novembre 1977, n. 4850, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 176. C. TENELLA SILLANI, in *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2991, *sub nota* n. 179, segnala, invero, che la Suprema Corte tende ad assimilare "alla penale la clausola con cui si determina convenzionalmente la misura degli interessi moratori con funzione liquidativa dei danni conseguenti all'inadempimento (Cass., 4 aprile 2003, n. 5324; Cass., 21 giugno 2001, n. 8481; Cass., 17 marzo 1994, n. 2538), consentendone pertanto la riduzione, da rilevarsi anche d'ufficio, laddove manifestamente eccessiva (Cass., 18 novembre 2010, n. 23273; Cass., 28 marzo 2008, n. 8071; Cass., S.U., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.)". L'A. evidenzia infine che il giudice di legittimità, in Cass., 25 gennaio 2011, n. 1739, ha affermato che l'eccessiva onerosità della penale

Certamente, come già accennato, non si può sottacere un dato di fatto e cioè che negli ultimi anni, anche grazie alle spinte propulsive giunte da Bruxelles, si è assistito ad un crescendo rossiniano di legislazioni finalizzate a dotare il giudice di un potere correttivo – equitativo nei confronti di contrattazioni squilibrate in danno di una parte debole rispetto ad una forte, socialmente e/o economicamente⁽⁹⁰⁾.

E nemmeno si può omettere di considerare che non solo il legislatore, ma anche la giurisprudenza (talvolta in modo improprio) si sta orientando verso la stessa direzione, cioè quella di consentire al giudice di correggere equitativamente il contratto, qualora questo contenga evidenti e consistenti sproporzioni tra le prestazioni.

Ciò premesso, non occorre proclamare l'applicabilità analogica dell'art. 1384 c.c. sotto le mentite spoglie di un'interpretazione estensiva, ma è sufficiente richiamare la possibilità di ricorrere a un'interpretazione progressivo-evolutiva dell'istituto della riducibilità equitativa della clausola penale⁽⁹¹⁾. Da questo punto di vista si può affermare che l'art. 1384 c.c. non sia più contenitore di una norma eccezionale, in quanto il suo contenuto, cioè il potere correttivo attribuito al giudice, non è più avvertito nell'ordinamento come uno strumento del tutto straordinario, ma è progressivamente divenuto sempre più presente nella legislazione e nella giurisprudenza. È avvenuta una lenta ma progressiva mutazione genetica dell'art. 1384 c.c., da norma eccezionale a norma ordinaria⁽⁹²⁾.

Se per le ragioni esposte in precedenza non si ritiene condivisibile la tesi dell'applicazione dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria, non si rilevano invece

è “ravvisabile anche nella disposizione pattizia che preveda una maggiorazione degli interessi in caso di ritardato pagamento di somme dovute”.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. gli interventi legislativi che saranno oggetto di analisi nelle prossime sezioni.

⁽⁹¹⁾ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 443 ss.; dello stesso Autore *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., cap. XII, nonché *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; sul tema dell'interpretazione analogica delle disposizioni eccezionali v. altresì F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica della diritto*, Torino, 1938.

⁽⁹²⁾ A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 280, afferma che “nell'idea stessa di riduzione è implicito il principio che il giudice non costruisce un sistema di interessi alternativo rispetto a quello previsto dalle parti”.

ostacoli all'estensione della disciplina della riducibilità a istituti considerabili simili, dal punto di vista strutturale e funzionale, come ad esempio gli accordi di preliquidazione dei danni⁽⁹³⁾ o le c.d. disposizioni testamentarie a titolo di pena⁽⁹⁴⁾.

2.7.- Da Tivoli alla Consulta, doppio carico di solidarietà: la nullità per violazione dell'art. 2 Cost.

Tivoli, città confinante con Roma, è nota soprattutto in quanto sede prescelta dall'imperatore Publio Adriano, nella prima metà del secondo secolo d.C., per l'edificazione della maestosa Villa Adriana⁽⁹⁵⁾.

Tuttavia, pochi anni fa, la città tiburtina è balzata agli onori delle cronache giuridiche sotto un curioso profilo: per ben due volte nell'arco di dodici mesi il Tribunale ordinario di Tivoli ha sospeso un giudizio e promosso dinanzi alla Corte Costituzionale un giudizio di incostituzionalità, in ambo i casi con riferimento all'art. 1385 c.c. nella parte in cui non dispone che *“nelle ipotesi in cui la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra e nella ipotesi in cui, se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio*

⁽⁹³⁾ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 451, sostiene che la disciplina circa la riducibilità della clausola penale sia estensibile per analogia agli accordi di preliquidazione dei danni.

⁽⁹⁴⁾ A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 277 ss., ritiene che non si debba procedere ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 1384 c.c., regola che l'A. reputa applicabile per via analogica, ad esempio, alle disposizioni testamentarie a titolo di pena, in quanto caratterizzate da lineamenti strutturali e funzionali simili a quelli della penale, pur trovando la loro fonte in un negozio unilaterale e non in un contratto; a tal proposito, afferma che *“la riduzione giudiziale prevista dall'art. 1384 sia applicabile analogicamente a questa fattispecie per un'esigenza di controllo sullo schema sanzionatorio posto in essere dal testatore, ma tenuto altresì conto degli interessi che hanno spinto quest'ultimo alla disposizione e, più in generale, dal fatto che in materia testamentaria l'autonomia del singolo può esplicitarsi in maniera più diffusa di quanto non avvenga nell'ambito contrattuale”* (p. 284).

⁽⁹⁵⁾ Così viene descritta la Villa nell'opera biografica *Historia Augusta, Vita Hadriani*, XXVI, 5, IV sec. d.C.: *«(Adriano) fece costruire con eccezionale sfarzo una villa a Tivoli dove erano riprodotti con i loro nomi i luoghi più celebri delle province dell'impero, come il Liceo, l'Accademia, il Pritaneo, la città di Canopo, il Pecile e la valle di Tempe; e per non tralasciare proprio nulla, vi aveva fatto raffigurare anche gli inferi»*.

della caparra - il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove [...] sussistano giustificati motivi?

La Corte Costituzionale ha emanato due ordinanze “gemelle”⁽⁹⁶⁾, con le quali ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale in quanto carente di motivazione sia sotto il profilo della non manifesta infondatezza sia sotto quello della rilevanza, colorando in seguito le motivazioni con poche e snelle proposizioni che hanno sollevato veementi critiche da parte della dottrina di gran lunga maggioritaria, che ha condivisibilmente parlato di “portata eversiva” delle due pronunce⁽⁹⁷⁾.

Il motivo del clamore sollevato dalle frasi incriminate è facilmente intuibile: in esse la Consulta “suggerisce” una peculiare interpretazione dell’art. 1385 c.c., che mette in discussione orientamenti giurisprudenziali e dottrinali cristallizzati da decenni. Infatti la Corte ammonisce il giudice *a quo* di non aver tenuto in debita considerazione dei possibili margini di intervento, immanenti al sistema, attribuiti all’organo giudicante a fronte di una caparra confirmatoria (o altra clausola negoziale) che rifletta un regolamento degli opposti interessi iniquo e gravemente sbilanciato a danno di un contraente; “*cìò in ragione della rilevabilità, ex officio, della nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell’articolo 2 Cost., (per il profilo*

⁽⁹⁶⁾ Corte Cost., ord. 21 ottobre 2013, n. 248, in *Contratti*, 2014, p. 926 ss., con nota di G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*; in *Foro it.*, 2014, 2039 ss., con nota di R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*; in *Giust. Cost.*, 2013, p. 3767 ss., con commento di F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di “penale” e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e buona fede*; Corte Cost., ord. 26 marzo 2014, n. 77, in *Contratti*, 2014, p. 853 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *L’equilibrio soggettivo dello scambio (e l’integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l’oeil concettuale?*. Le due ordinanze, in realtà, non sono esattamente sovrapponibili, sussistendo una differenza nella motivazione, seppur non rilevante per il tema esaminato in questo lavoro. Ha rinvenuto la sottile diversità delle due pronunce G. D’AMICO, ult. op. cit., p. 928, *sub nota* n. 1.

⁽⁹⁷⁾ C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell’equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2958 s., ritiene che le asserzioni della Consulta, nelle due ordinanze *de quibus*, hanno “evidenti effetti eversivi” e rappresentano l’“irragionevole esito di una irragionevole impostazione”; G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria*, cit., p. 933, parla, sempre con riferimento al contenuto delle pronunce in esame, di “principio eversivo dell’intero diritto contrattuale”.

dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa”⁽⁹⁸⁾.

Quest'ultima asserzione è alquanto pericolosa, poiché attribuisce al giudice ordinario il potere di sindacare clausole contrattuali sulla base del dovere inderogabile di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), in combinato disposto con la clausola generale di buona fede: si tratta, in modo del tutto solare, di parametri estremamente, *rectius*, necessariamente generici, a maggior ragione a fronte della mancata prescrizione del dovere, per l'organo giudicante, di fornire adeguata motivazione che giustifichi il *decisum*, circostanza che finisce per prefigurare sindacati giudiziali sui contratti dagli esiti imprevedibili, in quanto operati sulla base di parametri variabili e soggettivi, potenzialmente arbitrari⁽⁹⁹⁾.

Secondo l'impostazione della Corte Costituzionale, benché l'art. 1385 c.c. non preveda per la caparra confirmatoria un meccanismo correttivo analogo a quello dell'art. 1384, il giudice sarebbe comunque legittimato ad intervenire sul contenuto del contratto, sulla base di un potere correttivo generale che prescindendo da una specifica previsione legislativa, in quanto i principi costituzionali e le clausole generali -come la buona fede- sarebbero limiti all'autonomia privata, dalla cui violazione discende la nullità della pattuizione privata⁽¹⁰⁰⁾.

È da ritenere errata, inoltre, l'argomentazione che ricava la nullità delle pattuizioni che siano esito di una contrattazione contrastante con il dovere di buona fede dalla

⁽⁹⁸⁾ Il giudice estensore di entrambe le pronunce in esame è Mario Rosario Morelli, il quale aveva già delineato i fondamenti teorici dell'impostazione giuridica in esse adottata in *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 3 ss., nonché in *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. Civ.*, 1994, p. 2173 ss.

⁽⁹⁹⁾ Dello stesso avviso è R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, cit., il quale definisce “apriscatole giuridico” l'art. 2 della Costituzione che, nell'impostazione data nelle due ordinanze esaminate, “entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede”; l'Autore ritiene che “tale versione della buona fede in aura di solidarietà sociale” non solo è priva di qualsivoglia riscontro giurisprudenziale, ma contrasta apertamente con “l'impostazione sistematica intesa a scandire l'alternatività tra regole di validità e regole di condotta, relegando il parametro della correttezza a questa seconda provincia”, e chiude affermando che “le perplessità, a questo punto si sprecano”.

⁽¹⁰⁰⁾ Critica la decisione G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria*, cit., p. 933.

natura imperativa delle norme che tale precetto contemplano: infatti l'imperatività delle disposizioni che prescrivono il dovere per le parti di tenere una condotta improntata alla buona fede⁽¹⁰¹⁾ (come ad esempio gli artt. 1337 e 1375 c.c.) non implica che il carattere di inderogabilità venga trasmesso anche alle singole regole di comportamento individuate ad esito della sua concretizzazione⁽¹⁰²⁾.

Nonostante sia divenuto ormai un *trend* consolidato⁽¹⁰³⁾ chiamare in causa la clausola generale di buona fede ravvisandone un diretto fondamento nei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 della Carta costituzionale, si ritiene altrettanto chiaro che tale orientamento non sia altro che un *modus* per consentire al giudice di correggere e guidare l'esercizio della libertà contrattuale in funzione della costante attuazione dei richiamati doveri.

Si rileva altresì che l'essenza stessa della clausola di buona fede viene così snaturata e travisata, generando una "pluralità di errori"⁽¹⁰⁴⁾. Infatti non pare opportuno discostarsi dall'impostazione tradizionale, sulla base della quale la clausola generale di buona fede impone ai contraenti, nell'*iter* di formazione, conclusione ed esecuzione della pattuizione, doveri di condotta ispirati a lealtà, onestà, correttezza reciproca; tali doveri devono poi essere "convertiti" in regole modellate sul caso

⁽¹⁰¹⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 466 s., rileva che "sarebbe illecito, per contrarietà all'ordine pubblico, l'accordo con cui le parti escludono una volta per tutte, in modo indifferenziato, che al loro rapporto si applichi il principio di buona fede", precisando che, ad ogni modo, è "ammissibile derogare, in modo individualizzato, alle singole applicazioni concrete (che hanno perciò carattere suppletivo)"; nello stesso senso, F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 843 ss., puntualizza che l'autonomia privata può modellare i doveri che si fondano sulla buona fede, configurandoli e distribuendoli "fra le parti in modo anche diverso da come risulterebbe dalla pura e semplice applicazione della norma". In senso analogo, F. BENATTI, sub *art. 1175*, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da P. Cendon, Torino, 1991.

⁽¹⁰²⁾ C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2960 s., evidenzia che la natura imperativa del dovere di buona fede non comporta una indifferenziata cogenza degli obblighi allo stesso riconducibili, poiché essi prescindono dalla considerazione di superiori e generali interessi del sistema, ma si riferiscono alla tutela di interessi privati e, quindi, le parti possono derogarvi, pur rimanendo all'interno dei limiti previsti dall'ordinamento giuridico.

⁽¹⁰³⁾ In giurisprudenza, v. Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, in *Giur. it.*, 2012, p. 543 ss.; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85. In dottrina, E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 651 s.; N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, cit.; ID., *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 865 ss.; G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 56 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ F. BENATTI, *Norme aperte e limiti al potere del giudice*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 21.

concreto, nell'ottica degli interessi delle parti. Queste ultime avranno la facoltà di plasmare gli obblighi generati dalla clausola “anche diversamente da ciò che risulterebbe dalla sua pura e semplice applicazione”⁽¹⁰⁵⁾, senza però poter oltrepassare i limiti imposti dalle norme imperative e dai principi di ordine pubblico. Come si nota, tale impostazione prescinde del tutto dalla rilevanza attribuita agli interessi generali o superiori del sistema⁽¹⁰⁶⁾.

In conclusione, non si pone in dubbio che concorra ad integrare un comportamento contrario ai doveri imposti dalla clausola di buona fede quello consistente nello sfruttamento della propria forza contrattuale al fine di ottenere vantaggi *manifestamente eccessivi*, bensì non si considera corretto sostenere che da tale violazione possa discendere la dichiarazione giudiziale di nullità del contratto⁽¹⁰⁷⁾. I giudici non possono “rifare i contratti”⁽¹⁰⁸⁾, attraverso interventi correttivi/soppressivi dello statuto negoziale. Solo e soltanto in via del tutto eccezionale l'organo giudicante può intervenire sul contenuto dell'accordo, e cioè nei casi espressamente previsti dal legislatore attraverso l'imposizione o il divieto di determinate clausole.

⁽¹⁰⁵⁾ F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, cit., p. 844; C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2955.

⁽¹⁰⁶⁾ R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 434 s., evidenzia che “i limiti dell'autonomia privata possono essere giustificati solo dall'interesse collettivo, o dall'abuso di un contraente sull'altro. E, per quanto attiene a tali valori, la loro protezione mediante criteri extralegali ha già un veicolo: che si chiama rilevanza dell'ordine pubblico e del buon costume”, veicolo che “non conviene chiamarlo buona fede, o correttezza o equità”. *Contra*, G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 297 ss., sostiene che la buona fede corrisponda sempre ad un interesse pubblico o generale preminente.

⁽¹⁰⁷⁾ Esito conseguente alla violazione di norme imperative o dell'ordine pubblico. F. BENATTI, *La buona fede nelle obbligazioni e nei contratti*, in AA.VV., *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1988, p. 297, afferma che “la buona fede non è mai norma che dispone dell'invalidità del negozio”; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 467, ammonisce che la “buona fede non dovrebbe mai condurre ad affermare la nullità del contratto come conseguenza di una disapprovazione pubblica del programma contrattuale”, avvertendo però che “la tesi contraria – da tempo affacciata in dottrina – sembra farsi spazio nella legislazione e nella giurisprudenza”. Per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza, v. C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2961, *sub nota n. 91*.

⁽¹⁰⁸⁾ L'espressione è di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 407.

In altri termini, la buona fede non è idonea a fungere da unità di misura dello squilibrio contrattuale, ruolo che invece compete all'equità, intesa quale criterio materiale sulla base del quale sindacare la congruità economica e normativa del contratto o la conformità della pattuizione alla proporzionalità richiesta dalle norme dispositive o tratteggiata dal mercato concorrenziale. Pertanto, è fondamentale che né il legislatore né le Corti sovrappongano le nozioni di equità e di buona fede, tutt'altro che intercambiabili l'una con l'altra, al fine di evitare una denegata commistione concettuale nonché il trionfo, tramite la ricerca del contratto giusto ad ogni costo, di un infausto "buonismo giuridico"⁽¹⁰⁹⁾, che apparirebbe, questo sì, *manifestamente eccessivo*.

⁽¹⁰⁹⁾ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 409.

CAPITOLO III

L'INTEGRAZIONE NEL "NUOVO DIRITTO DEI CONTRATTI" TRA EQUITÀ E LIMITI AL POTERE CORRETTIVO DEL GIUDICE

SOMMARIO: 3.1.- Introduzione. Il nuovo diritto dei contratti e le nullità protettive. - **SEZIONE PRIMA - I CONTRATTI DEI CONSUMATORI - 3.2.-** Il controllo sull'equilibrio normativo nei contratti dei consumatori: la tutela del contraente debole a fronte di clausole vessatorie. - **3.3.-** Lacune originate da dichiarazione di nullità di clausole per deroga (abusiva) a norme dispositive: come integrare i contratti dei consumatori? - **3.4.-** Da *Banco Español* (2012) a *Banco Primus* (2017): la Corte di Giustizia mette a fuoco gli effetti della dichiarazione di vessatorietà di una clausola. - **3.5.-** Postilla sulle decisioni dell'ABF in tema di mutui indicizzati al franco svizzero. - **3.6.-** Considerazioni conclusive sull'integrazione dei contratti dei consumatori. - **SEZIONE SECONDA - I CONTRATTI TRA PROFESSIONISTI - 3.7.-** Asimmetrie contrattuali al di là del modello *B2C*. Introduzione. **3.8.-** L'originario e il nuovo volto dell'art. 7 del D. lgs. 231/2002 a confronto. Effettiva portata della novella del 2012. - **3.9.-** L'esigua applicazione giurisprudenziale del D. Lgs. 231/2002: gli accordi iniqui delle pubbliche amministrazioni derogano "abusivamente" le norme (derogabili). - **3.10.-** L'art. 9 della L. 192/1998. Divieto di abuso di dipendenza economica. - **3.11.-** La nullità *ex art. 9, c. 3* e il possibile ruolo dell'integrazione equitativa del giudice nell'opera di riequilibrio dei rapporti contrattuali tra imprese. - **3.12.-** Considerazioni conclusive sull'integrazione dei contratti *B2b* tra tutela del corretto funzionamento del mercato ed equità correttiva.

3.1.- Introduzione. Il nuovo diritto dei contratti e le nullità protettive.

A partire dalla seconda metà degli anni Sessanta del secolo passato, quando l'uomo si accingeva a posare per la prima volta il piede sul suolo lunare e il decennio del boom economico stava per lasciare il passo agli “anni di piombo”, la dottrina ha iniziato a porsi degli interrogativi in merito alla costruzione del regolamento contrattuale⁽¹⁾ e, soprattutto, ha avviato una riflessione circa il rapporto tra norme dispositive e autonomia privata.

Proprio in codesto periodo storico, infatti, nell'ambito della sempre maggiormente diffusa contrattazione standardizzata, alcuni Autori posero in luce il fenomeno della deroga sistematica, da parte delle imprese, del diritto dispositivo, attraverso il ricorso alle condizioni generali di contratto ed evidenziarono, di conseguenza, la necessità di approntare, nell'interesse del contraente debole, una tutela sostanziale maggiormente incisiva rispetto a quella formale già prevista nel codice civile all'art. 1341, comma 2 (specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie)⁽²⁾. In tal senso, la pionieristica proposta prescriveva, in determinate

(¹) In particolare si veda S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, la cui prima edizione risale al 1967.

(²) Così la *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, in relazione alla disposizione considerata: (171) “Moduli densi e complessi di clausole rendono difficile e laborioso il cogliere la varia importanza e gravità di ciascuna di esse, stampate in caratteri uniformi e minuti. Già la giurisprudenza ha spesso rimproverato ad alcune imprese, attribuendo loro il proposito di usare questo metodo per far sì che sfuggano all'attenzione dell'altra parte le clausole c.d. surrettizie o quelle che comunque importino gravi oneri. Il bisogno in cui versa una parte di concludere celermente il contratto, deve, perciò, contemperarsi con il diritto dell'altra di conoscere le clausole che nell'economia del rapporto hanno una importanza rilevante, come sono quelle che stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore di chi ha predisposto il modulo, dispensano quest'ultimo da adempimenti stabiliti per la conservazione di diritti, sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, prevedono limitazioni all'esercizio dei diritti derivanti dal contratto (c.d. clausola del «*solve et repete*»), impongono limitazioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi (c.d. clausole di concorrenza), stabiliscono la durata del contratto, convengono la tacita proroga, preordinano la rinnovazione dello stesso, o prevedono clausole compromissorie e deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria. Queste clausole, che l'art. 195 elenca in modo da consentire una interpretazione estensiva ma non l'analogia, devono essere portate a conoscenza diretta dell'aderente come minima indispensabile per garantire la *par condicio contrahentium*; prova

ipotesi, la nullità delle condizioni generali di contratto, benché approvate specificamente per iscritto, per contrarietà con i principi dell'ordine pubblico economico⁽³⁾. Ad ogni modo, tali elaborazioni non ottennero successo e rimasero isolate per almeno un paio di decenni.

Il discorso è tornato di attualità circa venti anni or sono, quando il panorama normativo domestico ha iniziato pian piano ad arricchirsi di una serie di provvedimenti legislativi, spesso cesellati sulla base della legislazione proveniente dall'Unione europea, che compongono il c.d. “nuovo diritto dei contratti”⁽⁴⁾. Tali interventi legislativi hanno sollevato questioni attinenti al grado di resistenza del precetto della libertà negoziale nonché al potere spettante all'autorità giudiziaria nella valutazione delle asimmetrie contrattuali, qualora una parte approfitti della condizione di “debolezza” in cui versa l'altra. La debolezza in esame non è contingente, bensì indotta diffusamente dai meccanismi del mercato nei rapporti tra imprese e tra queste e la categoria dei consumatori.

dell'uso di questa cautela è l'approvazione di esse da parte dell'aderente. Approvazione che deve essere fatta per iscritto, espressamente e distintamente per ciascuna clausola, perché solo attraverso un accorgimento del genere si raggiunge l'effetto di mettere l'aderente nella condizione di meditare sulle gravi conseguenze cui egli si sottopone concludendo il contratto alle condizioni predisposte, dall'altra parte; egli deve, cioè, essere posto in grado di apprezzare la convenienza di tali clausole speciali”.

⁽³⁾ G.B. FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*; A. DI MAJO GIAQUINTO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*; S. RODOTÀ, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*; le tre relazioni sono incluse in AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della Tavola Rotonda tenutasi a Catania il 17 e 18 maggio 1969, Milano, 1970.

⁽⁴⁾ Tale formula descrive “la coesistenza nello stesso sistema normativo di statuti contrattuali alquanto differenziati”, accomunati dalla presenza di interventi normativi sul contratto, posti in essere non necessariamente dalla legge statale, “con finalità non solo integrative, ma prevalentemente conformative dei regolamenti contrattuali e/o dell'ambiente economico (mercato) in cui si svolgono”: così V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011; l'espressione è ormai entrata anche nel linguaggio della giurisprudenza, da ultimo v. Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, sulla controversia Fininvest c. Cir. In dottrina hanno fatto ricorso alla formula *de qua* G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014; P. PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 475 ss.; G. VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999; F. MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole del nuovo diritto dei contratti*, in *Dem. e dir.*, 1997, p. 149 ss.; si veda altresì F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004 nonché ID., *Verso il nuovo diritto dei contratti. Note sulla contrattazione diseguale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 721 ss.

Anche il tema dell'integrazione del contratto ha recentemente suscitato, in dottrina e in giurisprudenza, profondo e rinnovato interesse, dopo un lungo periodo in cui pareva essere stato riposto tra le questioni di scarso rilievo pratico, spesso confondendolo con quelle inerenti all'interpretazione o alla qualificazione contrattuale⁽⁵⁾. Tale assunto è vero, in particolare, con riferimento al fenomeno della c.d. integrazione correttiva, o cogente, necessaria al fine di (eventualmente?)⁽⁶⁾ colmare le lacune sopravvenute nel testo del regolamento contrattuale, a seguito della caducazione di una o più clausole invalide. Questo mutato scenario induce a riconsiderare, quindi, il rapporto tra fonte autonoma e fonte eteronoma nella costruzione del regolamento contrattuale, oggi caratterizzato da maggior complessità rispetto a quando entrò in vigore il codice civile.

Il nuovo diritto dei contratti porta con sé molteplici novità, alcune delle quali ineriscono la sfera dei rimedi contrattuali: alla base di ciò si rinviene la considerazione dei limiti di tutela insiti negli istituti rimediali previsti dal codice civile⁽⁷⁾. Si assiste così alla moltiplicazione, nel nostro ordinamento, di nullità parziali e di fattispecie di nullità relative, in funzione protettiva del contraente debole del rapporto e, tramite lo

⁽⁵⁾ Si segnalano, a mero titolo paradigmatico, con riferimento al periodo citato, le seguenti recenti opere monografiche dedicate al tema dell'integrazione del contratto: G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2015; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008; M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004.

⁽⁶⁾ Non è infatti sempre opportuno procedere alla sostituzione, nel regolamento contrattuale, di una clausola dichiarata nulla: cfr., ad esempio, Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, p. 58 ss., con nota di N. Izzo, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*. In tale pronuncia la Corte di legittimità ha dichiarato la nullità, per contrasto con l'art. 2 Cost. – dovere inderogabile di solidarietà sociale – una clausola inserita in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo che poneva il divieto, per il conduttore, di ospitare nell'appartamento, in modo non occasionale, soggetti estranei alla sua famiglia; a seguito di tale declaratoria, ad ogni modo, non è stata prevista la sostituzione della clausola con altra (“costituzionalmente orientata”), avendo la S.C. ritenuto sufficiente, al fine di tutelare pienamente la posizione giuridica del conduttore, caducare il divieto di ospitalità.

⁽⁷⁾ P. PERLINGIERI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata. Sintesi di un convegno*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, cit., p. 466 afferma che “il meccanismo delle patologie, come oggi è costruito, nella teoria generale del contratto, nella parte generale del contratto, non è più adeguato”, essendo necessario che il principio di conservazione del negozio assuma maggiore rilievo, in quanto “se il contratto deve tendere alla realizzazione di un interesse meritevole ed addirittura essenziale per una parte, è evidente l'inadeguatezza della sanzione di nullità, o inesistenza, e l'opportunità di rispondere con uno strumento tecnico più adeguato”.

stesso, dell'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato concorrenziale, denominate "nullità speciali" e accomunate da tratti difformi rispetto a quelli propri della nullità codicistica⁽⁸⁾. L'odierno sistema della nullità si presenta quindi caratterizzato dalla compresenza di figure tradizionali e di fattispecie nuove, alle quali il legislatore ha fornito una differente disciplina, in nome della *ratio* di volta in volta perseguita⁽⁹⁾.

Si ritiene peraltro che l'equità possa rappresentare il criterio formale per sindacare lo squilibrio degli accordi negoziali e che essa sia in grado di trovare un rinnovato spazio proprio all'interno della disciplina del nuovo diritto dei contratti: come si vedrà, la legislazione "protettiva" assegna al giudice compiti ridisegnati in funzione integrativa-suppletiva, non più con esclusivo riferimento a lacune originarie del regolamento contrattuale, bensì anche a lacune sopravvenute, determinatesi a seguito della dichiarazione di nullità di clausole⁽¹⁰⁾.

Ai fini della presente indagine, si esaminerà il tema dei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore (*B2C*) e di quelli stipulati tra imprenditori in posizione asimmetrica (*B2b*), per rintracciare modalità e limiti della loro integrazione in caso di lacune "sopravvenute".

⁽⁸⁾ Sul tema si v. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 2 ss.; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004, *passim*, in particolare p. 93, in cui l'A. rileva come "al negozio nullo sia, in linea di principio, riferibile una pluralità di discipline, e non solo quell'unica disciplina costituita da una sequela di determinazioni negative - inefficacia, insanabilità e così via - nelle quali si riassumeva, in passato, la qualifica di nullità"; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia: modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 210 ss.; A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in Bellavista - Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 329 ss.

⁽⁹⁾ In tal senso G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 152, il quale evidenzia la "coesistenza di una pluralità di statuti delle nullità del contratto", sottolineando così come l'idea dell'unicità funzionale della nullità sia positivamente smentita.

⁽¹⁰⁾ C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2963.

SEZIONE PRIMA

I CONTRATTI DEI CONSUMATORI

3.2.- Il controllo sull'equilibrio normativo nei contratti dei consumatori: la tutela del contraente debole a fronte di clausole vessatorie.

Il 3 maggio 1947, nella seduta pomeridiana dell'Assemblea Costituente presso Palazzo Montecitorio, il deputato liberale Guido Cortese, con un lungo e accorato discorso, annunciò di voler presentare il seguente emendamento aggiuntivo all'art. 41 del testo costituzionale che si andava progressivamente plasmando: “La legge regola l'esercizio dell'attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore”. Tuttavia, nella seduta antimeridiana del 13 maggio, Cortese decise di ritirare il proprio emendamento e di aderire a quello proposto da Luigi Einaudi, che da lì a poco sarebbe diventato il secondo Presidente della Repubblica⁽¹¹⁾. Ad esito dei lavori della Costituente, pertanto, nessun cenno alla figura e alla tutela del consumatore è rintracciabile nella nostra Carta costituzionale, nemmeno a seguito di successive modifiche intervenute negli anni.

⁽¹¹⁾ L'emendamento aggiuntivo proposto da Einaudi disponeva che “La legge non è strumento di formazione di monopoli economici; ed ove questi esistano li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta”. Tale testo, nella seduta del 13 maggio 1947, non fu approvato, alla luce dei voti contrari provenienti dagli esponenti delle forze di sinistra (in particolare, socialisti e comunisti). Luigi Einaudi fu eletto Presidente della Repubblica l'11 maggio 1948, quale successore di Enrico De Nicola, e rimase in carica fino alla scadenza del mandato, l'11 maggio 1955. I lavori dell'Assemblea Costituente sono consultabili sul sito della Camera dei Deputati, nella sezione *Portale Storico* (www.storia.camera.it).

A livello europeo, il primo riferimento esplicito alla figura del consumatore si rinviene nel Trattato di Maastricht, stipulato nel 1992, in cui si afferma che “la Comunità contribuisce al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, mediante azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli Stati membri al fine di tutelare la salute, la sicurezza, gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un’informazione adeguata”.

In attuazione degli intenti elencati nel Trattato è stata emanata, nell’anno successivo, la Direttiva 93/13/CEE, seguita dalla Direttiva 98/27/CE. Le normative europee sono state recepite nel nostro ordinamento interno tramite la Legge 6 febbraio 1996, n. 52 e la Legge 30 luglio 1998, n. 281⁽¹²⁾, provvedimenti che hanno comportato l’inserimento del Capo XIV-*bis* nel titolo II del Libro IV del codice civile, composto dagli artt. 1469-*bis* - 1469-*sexies*. Anteriormente al recepimento della normativa europea da parte del legislatore italiano, la tutela del consumatore in materia di clausole abusive o vessatorie era disciplinata esclusivamente dal codice civile, attraverso il già richiamato meccanismo di cui all’art. 1341 e l’art. 1342. Tali disposizioni avevano peraltro evidenziato, nel corso degli anni, notevoli carenze, rappresentate dalla inidoneità di garantire un’adeguata risposta alle nuove istanze di protezione sviluppatesi in corrispondenza all’evoluzione del mercato e al moltiplicarsi di possibili forme di abuso a danno della categoria dei consumatori⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ A. FEDERICO, *Profili dell’integrazione del contratto*, cit., p. 137 s., osserva che il recepimento della Direttiva 93/13 e la normativa sui diritti dei consumatori e degli utenti, insieme alla normativa per la tutela della concorrenza e del mercato (L. 10 ottobre 1990, n. 287, c.d. legge Antitrust), hanno “concorso a fare assumere al nostro ordinamento contorni nuovi e abbastanza definiti, anche rispetto agli obiettivi europei” e “costituiscono, nel loro insieme, per le implicazioni sistematiche che ne conseguono, la piattaforma del c.d. nuovo diritto dei contratti e valgono anche a fissare i nuovi principi di ordine pubblico economico in materia di contratti”, nonché ad innovare “il rapporto tra autonomia ed eteronomia nel diritto dei contratti”, che risulta da tali normative “fortemente condizionato, sia quanto ai presupposti, sia quanto alle condizioni di operatività”.

⁽¹³⁾ A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 669 ss.; M. SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, Napoli, 2013, p. 54, chiarisce che “i limiti maggiori erano rappresentati, nella sostanza, dalla tassatività dell’elenco di clausole vessatorie di cui all’art. 1341, comma 2, c.c., che rendeva il meccanismo di tutela inidoneo a coprire tutta l’area delle clausole ingiustificatamente gravose per l’aderente e dal carattere meramente formale del giudizio di vessatorietà della clausola, basato sulla specifica approvazione per iscritto della singola previsione contrattuale vessatoria, quale condizione necessaria e sufficiente perché la stessa potesse ritenersi vincolante nei confronti dell’aderente”. Nonostante le ripetute sollecitazioni da parte della dottrina, il legislatore nazionale rimase inerte fino all’emanazione della Direttiva comunitaria; anche la giurisprudenza, a differenza di quanto avvenuto in altri Paesi dell’Unione, si mostrò restia a fare ricorso alle clausole generali (come

La disciplina nazionale inerente alla materia in esame, come è noto, è stata successivamente espunta dalla sua sede originaria, cioè il codice civile⁽¹⁴⁾ e inglobata, con talune modifiche⁽¹⁵⁾, nel Codice del consumo, approvato con D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206⁽¹⁶⁾.

quella di buona fede) per garantire una tutela sostanziale al consumatore. Sul punto, G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 412; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 164.

⁽¹⁴⁾ G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti – Villa, Bologna, 2008, p. 115 s., osserva che in Germania la riforma del diritto delle obbligazioni del 2001 ha provocato l'inserimento nel codice civile di quasi tutte le regole di derivazione europea a protezione del consumatore; “da noi, viceversa, con l’emanazione del Codice del consumo, si è fatta la scelta opposta e, analogamente a quanto accaduto in Francia con il *Code de la consommation*, le norme protettive del consumatore sono state estromesse dal codice civile; anzi, secondo la nuova versione dell’art. 1469-bis, le regole del codice sul contratto in generale, quando non sia diversamente disposto, si estendono al contratto del consumatore, ma non accade il reciproco, giacché le disposizioni protettive del consumatore assumono il ruolo di deroga alla disciplina del contratto in generale”.

⁽¹⁵⁾ G. DE CRISTOFARO: *Il «Codice del consumo»: un’occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1142, individua tre innovazioni di rilievo, generatesi nel passaggio della disciplina della clausole vessatorie dal codice civile al Codice del consumo: 1) la sanzione della nullità, prevista dall’art. 36 cod. cons. per le clausole vessatorie, sostituisce quella dell’inefficacia, precedentemente prevista; 2) la precisazione che soltanto le associazioni dei consumatori iscritte nell’elenco di cui all’art. 37 cod. cons. sono legittimate attive all’azione inibitoria speciale, disciplinata dalla medesima disposizione; 3) l’estensione a queste ultime associazioni della procedura di cui all’art. 140 cod. cons., che prevede l’azione a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. A. GENTILI, *Codice del Consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 167, identifica “l’innovazione più incisiva del Codice nella consacrazione della nullità di protezione, individuata nella sua espressione paradigmatica: la repressione delle clausole vessatorie”. Nello stesso senso, anche A. D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 122, evidenzia come il legislatore del 2005 si sia “spinto a correggere quelle importanti scelte di diritto positivo (...) che invece sembravano accreditare l’idea dell’utilizzo dell’inefficacia ai fini conformativi del negozio. Rendendo così difficilmente praticabili quegli orientamenti, specie dottrinali che (...) avevano cercato di avvalorare un largo utilizzo della categoria dell’inefficacia ogni volta che l’ordinamento intervenisse a neutralizzare un patto abusivo”.

⁽¹⁶⁾ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, I, p. 399, sostiene che il Codice sia “luogo normativo di una pluralità di fonti unificate all’insegna del consumatore in quanto destinatario di una disciplina riducibile ad una linea normativa unitaria”. Gli obiettivi perseguiti da tale codificazione sono illustrati nella Relazione del Governo al Codice del consumo, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del Consumo, Commentario*, Padova, 2007, p. 1127 ss.: “raccolgere in un unico testo legislativo e riorganizzare in modo sistematico le numerose leggi a tutela del consumatore”, che, perlopiù in attuazione di direttive dell’Unione europea, si sono succedute negli ultimi venti anni, al fine di “dare una risposta al comune disagio provocato da una produzione normativa spesso torrentizia e poco ordinata”.

I.- Il consumatore ha “diritto alla correttezza, trasparenza ed equità”.

Ai fini del presente studio, rileva *in primis* la lettera e) dell’art. 2, c. 2, cod. cons., disposizione la cui rilevanza è stata spesso trascurata in letteratura e che enuncia il diritto “fondamentale” (sarebbe peraltro più adeguato qualificarlo come essenziale)¹⁷ per i consumatori e gli utenti alla “*correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi*”.

La menzione della *correttezza* pare senza dubbio di portata ricognitiva, poiché costituisce un principio generale che permea la totalità della materia delle obbligazioni e dei contratti¹⁸. Ma cosa intende il legislatore per correttezza? Si può affermare che tale termine sia definibile come l’obbligo etico di tenere una condotta onesta; nella Relazione del Guardasigilli al Codice Civile, essa viene definita come “uno stile morale della persona che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto di quei doveri che secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra consociati”.

Il riferimento, nella disposizione *de qua*, alla correttezza e non alla buona fede mette in luce la volontà del legislatore di riconoscere come “*diritto fondamentale*” solo la buona fede in senso oggettivo; se avesse optato per l’espressione “*buona fede, trasparenza ed equità*”, gli spunti di discussione si sarebbero *sprecati*¹⁹.

Importata dal diritto amministrativo è invece la nozione di *trasparenza*, che in diritto civile si presenta come un termine polisenso, cui sinteticamente può essere attribuito il significato di dovere di garantire un’informazione completa ed adeguata, ovvero la piena conoscibilità delle condizioni contrattuali. La trasparenza incarna quindi un valore-mezzo, in quanto è lo strumento deputato al raggiungimento di un

¹⁷ Sul punto si veda L. ROSSI CARLEO, *I diritti fondamentali dei consumatori*, in AA.VV., *Diritto dei consumi*, Torino, 2015, p. 25 ss.

¹⁸ In questo senso G. DE NOVA, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in *Contratti*, 1998, p. 546; G. ALPA, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1315.

¹⁹ L. BIGLIAZZI GERI, *Commento all’art. 1469-bis c.c., Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, in *Leggi civ. comm.*, 1997, p. 795 ss.

fine prefissato dal legislatore, cioè quello di contenere e ridurre il differenziale informativo tra i contraenti⁽²⁰⁾.

Ci si pone dinanzi ad un valore di portata alquanto ampia, che per sua natura tende a sconfinare nell'ambiguità, qualora ci si proponga di inquadrare il "diritto" all'*equità*, nozione che -è bene ricordarlo- non si contrappone al diritto positivo, ma lo presuppone ed opera nel suo ambito. Il giudice può rappresentare, in determinati casi, una "valvola di sicurezza" contro l'eccessiva rigidità del diritto codificato⁽²¹⁾ e il ricorso all'*equità* implica un potere discrezionale piuttosto esteso da parte dell'organo giudicante, limitato soltanto dalle diverse circostanze che contraddistinguono il caso concreto⁽²²⁾. Si può peraltro ritenere che il legislatore del codice consumeristico abbia inteso il concetto di equità in senso diverso e cioè come equilibrio tra le prestazioni delle parti ovvero come loro proporzionalità, sia dal punto di vista normativo sia da quello economico; un'*equità*, quindi, che consente il bilanciamento tra i contrapposti interessi, così come essi trovano composizione nei relativi singoli mercati.

La previsione di un diritto a "correttezza, trasparenza ed equità" a favore del consumatore evidenzia l'intenzione del legislatore nazionale, influenzato dalle spinte

⁽²⁰⁾ Osserva efficacemente A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banca finanz.*, 1992, p. 426: "il rispetto del principio della trasparenza non impedisce di vendere uova marce, però impone di informare il consumatore che quelle uova sono marce. Ecco che potremmo avere anche degli effetti sostanziali, in quanto se il consumatore sa che le uova sono marce, è improbabile che voglia comprarle, quindi nessun imprenditore dovrebbe più tentare di venderle".

⁽²¹⁾ V. VARANO, *Equità (teoria generale)* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1989, vol. XII, p. 9.

⁽²²⁾ S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 85 ss, ha osservato che "dall'*equità* non nascono diritti per le parti, ma si riequilibrano quelli già esistenti secondo una logica di mercato"; il ricorso all'*equità* dunque non implica la nascita di diritti che il contratto non abbia già previsto e si tratterà di una regola valida solo per il caso concreto, a differenza di quanto avviene con l'applicazione di una clausola generale, che comporta la creazione di una regola che entrerà nell'ordinamento giuridico come espressione di "diritto vivente"; G. VETTORI, *Autonomia privata e giusto contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 30, osserva che "il diritto all'*equità* dei rapporti contrattuali evidenzia una pretesa ad una valutazione che superi la mera legalità quando essa sembri espellere dal proprio seno la giustizia". L'Autore sembra richiamare Aristotele, il quale, è bene sottolinearlo, non scrisse mai che l'*equità* è "la giustizia del caso concreto": neanche nella traduzione meno aderente al greco antico si potrebbero trovare queste parole. Il pensiero aristotelico è stato tuttavia tradizionalmente riassunto in quella formuletta nebulosa, facendo ricorso a una deformazione scolastica del testo originale. Il filosofo greco intuì invece che la funzione dell'*equità* si caratterizza per essere correttiva e integrativa al tempo stesso nei confronti del diritto positivo: "Questa è appunto la natura dell'*equo*: una correzione della legge laddove è insufficiente a causa della sua generalità. Questa è la causa per cui non tutto può essere preveduto per legge" (*Etica Nicomachea*, V, 1136a-1138°, trad. Plebe, Bari, 1957, p.155).

provenienti dall'Unione Europea, di porre rimedio all'asimmetria di potere contrattuale che consente al professionista d'imporre alla parte più debole, il consumatore appunto, condizioni svantaggiose.

Nonostante la dottrina anglosassone abbia criticato interventi legislativi di tal fattura, definendoli "paternalistici"⁽²³⁾, essi non devono essere intesi come un sacrificio per l'autonomia negoziale o per il mercato, ma finalizzati alla valorizzazione della prima per garantire il buon andamento del secondo.

La dottrina è divisa sul significato da attribuire alla lettera e) dell'art. 2, c. 2, cod. cons.: alcuni Autori sostengono, in particolare con riferimento al diritto all'equità, che questa norma possa implicare parità di trattamento, congruità di prezzo e considerazione della concreta e specifica situazione del consumatore⁽²⁴⁾. Altra parte della dottrina, invece, percepisce in questa norma una tutela sostanziale e qualitativa idonea ad incidere sulle attività imprenditoriali che, pur utilizzando schemi negoziali giuridicamente equilibrati, eseguono trattative o stipulano contratti in modo non trasparente e iniquo⁽²⁵⁾.

Pare opportuno precisare che il termine "equità" è utilizzato dalla disposizione in esame non in senso tecnico, bensì quale formula programmatica; il consumatore, infatti, in alcune ipotesi individuate dalla legge, ha diritto a un riequilibrio delle prestazioni relative ad un contratto già stipulato. Nel nostro ordinamento giuridico non è rilevante lo squilibrio tra contraenti in sé, ma rileva lo squilibrio che sia spia di "una diversa ed ulteriore anomalia del contratto"⁽²⁶⁾, ovvero sia "frutto di un abuso o di un contegno in mala fede"⁽²⁷⁾; se il consumatore sia in grado di auto-determinarsi

⁽²³⁾ P. ATIYAH, *Freedom of contract and the New Right*, in *Essays of Contract*, Oxford, 1990, p. 360 ss.

⁽²⁴⁾ G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 999.

⁽²⁵⁾ R. CONTI, *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi collettivi*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 397: "sotto la lente giudiziale potranno passare non solo condotte prodromiche alla conclusione dei contratti, ma anche atti successivi alla conclusione dei rapporti negoziali, afferenti alle modalità concrete di erogazione della prestazione ed anche al prezzo fissato dall'imprenditore".

⁽²⁶⁾ Così F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 421.

⁽²⁷⁾ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 37.

(cioè sia in grado di decidere come regolare i propri interessi) e la condotta del professionista sia stata corretta, anche se il contratto stipulato appaia manifestamente squilibrato, il bilanciamento degli interessi in causa non potrà favorire il consumatore. Il giudice potrà accertare la sussistenza di uno squilibrio determinato da un abuso o dalla mala fede del professionista, dopo aver esaminato la posizione di fatto dei contraenti e la struttura del mercato in cui si opera.

Il riconoscimento al consumatore del diritto all'equità, tuttavia, non consente al giudice di operare valutazioni in ordine all'equilibrio economico del contratto (il "giusto prezzo" è determinato dal corretto funzionamento del mercato), pertanto si ritiene che il riferimento sia esclusivamente a un'*equità normativa*.

II.- *Le clausole vessatorie.*

Assume altresì fondamentale rilievo, nell'ambito che qui ci occupa, l'art. 36 cod. cons., che dispone la nullità della clausole vessatorie, mentre "il contratto rimane valido per il resto"; inoltre l'art. 33, comma 1, offrendo una qualificazione generale di vessatorietà, attraverso una controversa formulazione testuale prevede un sindacato dell'equilibrio normativo del regolamento negoziale: "nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto"⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ L'inciso fuorviante "malgrado la buona fede" va rettificato nel senso di "contrariamente all'imperativo di buona fede" ed è, tuttavia, giuridicamente irrilevante nella norma in esame. Infatti, come sottolinea L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in ID., *Scritti*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, I, *Metodo e teoria giuridica*, p. 349, "fondamento della sanzione di inefficacia (oggi nullità) della clausola (giudicata) vessatoria non è un abuso di potere contrattuale imputato al professionista, ma l'iniquità della clausola in sé considerata, verificata dal giudice alla stregua di una valutazione globale degli interessi in causa".

⁽²⁹⁾ La versione italiana della Direttiva 93/13/CE è stata oggetto di rettifica, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea in data 4 giugno 2015, L 137, p. 13, ; il nuovo testo dell'art. 3, paragrafo 1, dispone che "Una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale si considera abusiva se, *in contrasto con il requisito della buona fede*, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto" e sostituisce il precedente, nel quale, con una formulazione ambigua, si affermava che "Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, *malgrado il requisito della buona fede*, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto". Si segnala altresì che, con il medesimo provvedimento di rettifica del 2015, si è provveduto a correggere il

Dal combinato disposto dell'art. 33, comma 1 e dell'art. 34, comma 2 - "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" - si desume che lo squilibrio rilevante al fine della qualificazione di una clausola come vessatoria è quello normativo, essendo impermeabile al sindacato quello economico⁽³⁰⁾.

Il codice del consumo garantisce quindi la salvezza del contratto una volta che esso sia stato depurato dalla clausola vessatoria e istituisce pertanto un regime di nullità parziale necessaria, procedendo in tal modo al disinnescamento del meccanismo di cui all'art. 1419 c.c.⁽³¹⁾.

testo spagnolo della Direttiva 93, che analogamente a quello italiano prevedeva che "se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan..."; il testo riformato è il seguente: "se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen...". Il legislatore italiano, invece, non ha ancora provveduto ad emendare il testo dell'art. 33, cod. cons., in cui il lemma "*malgrado la buona fede*" ha suscitato ampio dibattito in dottrina in merito alla sua portata. Prevale tra gli studiosi la tesi che riconduce l'espressione alla buona fede oggettiva (il significativo squilibrio di diritti ed obblighi è l'effetto del comportamento scorretto, contrario a buona fede); altri Autori hanno invece sostenuto che si trattasse di buona fede soggettiva: la clausola è vessatoria malgrado il professionista ignorasse la sussistenza del significativo squilibrio (essendo, quindi, in buona fede). Cfr., per una panoramica sul tema *de quo*, A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017, p. 248 ss.

⁽³⁰⁾ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore"*, cit., p. 346, a proposito dello scrutinio di equità dei contratti stipulati con i consumatori, precisa che "in un'economia di mercato l'equilibrio delle condizioni di scambio è garantito dal libero accordo dei contraenti legittimamente manifestato. (...) Il giudice non ha alcun potere di sindacato sul contenuto del contratto e sulla congruità delle prestazioni, salvi pochi casi marginali in cui gli è affidata una funzione correttiva secondo equità (artt. 1384, 1526, 1934)"; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tr. Contr.*, diretto da V. Roppo, IV, Milano, 2006, p. 554, afferma che "l'art. 33, c.1, c. cons. non intende sindacare la congruità dello scambio, la convenienza dell'affare, l'equivalenza tra le prestazioni. Più modestamente, il legislatore vuol far corrispondere ad un diritto del professionista un diritto del consumatore, in un'ottica di tendenziale corrispondenza fra le posizioni giuridiche di vantaggio e di svantaggio di ciascuno dei contraenti". Così anche G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 117 s.: "lo squilibrio non riguarda le condizioni economiche dell'accordo, ed in particolare il prezzo. (...) Il prezzo è fissato dal mercato ed il consumatore è ritenuto in grado di operare scelte su quell'elemento, purché esso sia chiaramente determinato; può certamente accadere che la scelta non risponda a quanto presuppone la legge, perché il prezzo è alterato da compressioni della concorrenza, ma il rimedio in questo caso è affidato alle regole *antitrust* e non a quelle sulle clausole abusive".

⁽³¹⁾ S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. impr.*, 1994, III, p. 1098, evidenzia che l'art. 1419 è una "norma dettata nel presupposto che i due contraenti siano egualmente liberi e nel determinare il contenuto del contratto e nel valutare i costi della conservazione o della caducazione del contratto stesso", che se "trasferita nel settore della contrattazione uniforme (...) con il suo riferimento alla volontà ipotetica delle parti si tradurrebbe (...) in una sostanziale frustrazione delle

Una delle poche novità introdotte a seguito della trasposizione della disciplina consumeristica nel codice del 2005 consiste nella sanzione che colpisce le clausole vessatorie, la nullità appunto, in luogo dell'inefficacia prescritta dall'art. 1469-*quinquies* c.c.⁽³²⁾.

La nullità comminata alle clausole vessatorie dalla disposizione in esame è classificabile nella categoria delle nullità di protezione⁽³³⁾ ed ha la finalità di tutelare non solo l'interesse individuale del consumatore "vessato", ma altresì l'interesse generale al corretto e ordinato funzionamento del mercato che si costituisce alla luce di una leale competizione tra le imprese, piuttosto che attraverso vantaggi perseguiti dal singolo professionista facendone pagare il costo ai consumatori e agli utenti⁽³⁴⁾.

In quanto nullità protettiva, essa è rilevabile anche d'ufficio, nell'interesse sostanziale della parte debole del rapporto negoziale, come affermato dalla Corte di

finalità di tutela dell'intera normativa (è chiaro, infatti che *ex latere proferentis*, la clausola vessatoria è sempre essenziale e, dunque, il contratto è sempre nullo)".

⁽³²⁾ La dottrina si era divisa circa la valenza da attribuire al termine "inefficaci" presente nell'art. 1469-*quinquies* ("Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli art. 1469-*bis* e 1469-*ter* sono *inefficaci* mentre il contratto rimane efficace per il resto"): alcuni Autori interpretavano il rimedio come nullità della clausola per illiceità, altra parte della dottrina riteneva invece che si trattasse di inefficacia in senso stretto, volta a impedire l'applicazione dell'art. 1419 c.c., in tema di nullità parziale. Tra gli Autori che hanno sostenuto il primo orientamento si ricordano A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 403 ss.; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 640. A favore della tesi dell'inefficacia: C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova della clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 37 ss.; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004. La sostituzione dell'inefficacia con la nullità è stata letta con sfavore da G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 52.

⁽³³⁾ Offre un'analisi del tema, anche in chiave comparatistica, A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, cit., in particolare p. 719 ss.

⁽³⁴⁾ G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 117, afferma che "le regole di derivazione comunitaria agiscono certamente per uno scopo che trascende la protezione di una parte: tutelando questa, si vuole garantire anche che nessun operatore del mercato possa approfittare delle condizioni di inferiore informazione del consumatore ed imporre clausole contrattuali idonee a creare vantaggi anticoncorrenziali; si mira cioè ad evitare che il professionista, inserendo nelle proprie condizioni di contratto clausole a sé particolarmente favorevoli, ottenga riduzioni di costi (soprattutto, in relazione ai rischi derivanti da patologie nell'esecuzione dell'accordo) e consegua un vantaggio rispetto al concorrente che così non operi. Ciò nonostante, l'invalidità della clausola abusiva prescinde dall'effettiva esistenza di un vantaggio anticompetitivo; la clausola è nulla anche se tutto il mercato la pratica e quindi nessuno è avvantaggiato rispetto agli altri". In merito alla natura protettiva della nullità in questione, v. anche E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., p. 573 ss.

Giustizia UE dapprima nella sentenza *Océano*⁽³⁵⁾ e poi, in modo ancor più incisivo nella pronuncia relativa al caso *Mostaza Claro*⁽³⁶⁾; in particolare, nella seconda decisione la Corte ha precisato, al punto n. 38, che “la natura e l’importanza dell’interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano inoltre che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d’ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista”. In altri termini, il sindacato d’ufficio della vessatorietà di una clausola contrattuale muta da *facoltà* per il giudice (*Océano*) in adempimento di un controllo al quale l’organo giudicante “è tenuto”, ponendo in luce la natura imperativa dell’art. 6, n. 1, della Direttiva 93/13⁽³⁷⁾; sul potere/dovere del giudice di valutare se una clausola sia vessatoria o meno si è

⁽³⁵⁾ Corte di Giustizia U.E., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-241/98; C-242/98, C-243/98 e C-244/98, nella quale i giudici comunitari affermano la rilevanza d’ufficio della nullità di protezione, determinandola in termini di possibilità: “la tutela assicurata ai consumatori dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, comporta che il giudice nazionale, nell’esaminare l’ammissibilità di un’istanza proposita, possa valutare d’ufficio l’illiceità di una clausola del contratto di cui è causa”.

⁽³⁶⁾ Corte di Giustizia U.E., 26 ottobre 2006, causa C-168/05. Successivamente, nella causa *Asturcom Telecomunicaciones SL* (Corte di Giustizia U.E., 6 ottobre 2009, causa C-40/08), la Corte ha precisato che “la direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l’esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d’ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell’ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola”. A differenza che nel caso *Mostaza Claro* (in cui il consumatore aveva esercitato le sue difese), in *Asturcom* il consumatore non solo non era comparso avanti all’arbitro, ma non aveva nemmeno impugnato il lodo entro il termine di legge, con la conseguenza che esso aveva acquisito forza di giudicato. Anche recentemente la Corte di Giustizia ha perseverato nel ribadire che “il giudice nazionale è tenuto ad esaminare d’ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale che ricade nell’ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in tal modo, ad avviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari”, 26 gennaio 2017, causa C-421/14; 21 dicembre 2016, causa C-154/15. Da ultimo, v. Cass., 10 aprile 2015, n. 7176: la “nullità [delle clausole abusive] è rilevabile dal giudice anche d’ufficio ed indipendentemente da ogni specifica dichiarazione di accettazione”.

⁽³⁷⁾ R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *Jus Civile*, 2013, p. 390 s.

pronunciata anche la Corte di Cassazione, richiamando e condividendo quanto già sostenuto dal giudice europeo⁽³⁸⁾.

Si evidenzia altresì come il legislatore del codice del 2005 si sia limitato a prevedere che sia fatta salva la parte del contratto non connotata da vessatorietà, non avendo recepito l'inciso, contenuto nella Direttiva 93/13/CE, che prescriveva la salvezza del regolamento contrattuale, sempre che lo stesso "possa sussistere senza le clausole vessatorie"⁽³⁹⁾, né i suggerimenti, provenienti da parte della dottrina, circa l'indicazione espressa dei metodi di integrazione del contratto reso lacunoso dalla dichiarazione di nullità di una clausola abusiva, anche alla luce dell'esperienza di altri ordinamenti europei, quale quello tedesco⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Così Cass., SS. UU., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, p. 874 ss.: "con riferimento al regime delle nullità, occorre portare l'attenzione su quanto è stato stabilito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. IV, 4 giugno 2009, causa 243/08 (caso *Pannon*) ha stabilito che il giudice deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga.

L'uso in questa sentenza del termine obbligo, anziché di quello facoltà, in precedenza comune, è stato inteso come acquisita consapevolezza del concetto di dovere dell'ufficio di rilevare la nullità ogniqualvolta il contratto sia elemento costitutivo della domanda.

Dunque non di facoltà propriamente trattasi, ma di obbligo, così come il verbo "può" usato nell'art. 1421 c.c., è da intendersi "deve", laddove la domanda proposta implichi la questione da rilevare e non si ponga quindi un problema di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Di sicura importanza è poi la sentenza *Asturcom* (6 settembre 2009 in procedimento C- 40/08), in forza della quale il giudice è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale, affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola. Dalla considerazione che la giurisprudenza comunitaria attribuisce al potere-dovere di rilievo d'ufficio della nullità, risulta ancor più appropriato parlare di disagio del civilista in caso di mancato uso dei poteri officiosi".

⁽³⁹⁾ Molti Autori hanno letto in questa disposizione una precisa volontà del legislatore nazionale di tutelare maggiormente il consumatore: v. V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1996, 10; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie, cioè abusive*, cit., p. 37. Tuttavia, si condivide il rilievo effettuato da E. GABRIELLI - A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, 2000, p. 259, *sub* nota n. 96: "non appare altrettanto certo che il buon funzionamento del mercato sia favorito dalla regola in questione, posto che, probabilmente, costituirebbe miglior soluzione favorire, attraverso la completa rimozione del vincolo, una nuova (e, magari, diversa) scelta da parte del consumatore, guidata dal gioco concorrenziale e non falsata dalla abusività del regolamento".

⁽⁴⁰⁾ S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia della clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 48 afferma che, nelle ipotesi in esame, il diritto tedesco individua le fonti di integrazione nella disciplina legale del tipo o, come *extrema ratio*, nell'interpretazione del contratto secondo buona fede, ai

Importanti per chiarire le questioni attinenti all'integrazione dei contratti dei consumatori, appaiono alcune pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea che si sono succedute tra il 2012 e il 2017.

3.3.- Lacune originate da dichiarazione di nullità di clausole per deroga (abusiva) a norme dispositive: come integrare i contratti dei consumatori?

L'aspetto maggiormente interessante della disciplina posta a tutela dei consumatori è rappresentato dalla nullità di una clausola determinata dalla violazione di norme dispositive, essendo infatti così classificabili quelle che vengono solitamente derogate attraverso il ricorso, da parte dei professionisti, a condizioni generali di contratto⁽⁴¹⁾. Come può essere nulla una clausola se *le parti* hanno derogato a una norma... derogabile? Prestando però attenzione al fenomeno della contrattazione standardizzata, si riesce agevolmente a cogliere un dato significativo: la deroga non è bilaterale, operata *dalle parti*, bensì unilaterale (*una parte* decide di derogare a una o più norme dispositive, determinando il contenuto del contratto). A fronte di ciò, affinché si possa affermare che la deroga al diritto dispositivo sia legittima ed abbia perciò generato una clausola valida, occorre che, al contempo, essa non abbia determinato, a carico del consumatore, un *significativo* squilibrio di diritti ed obblighi che discendono dal contratto⁽⁴²⁾; la nullità delle clausole vessatorie si origina, in sostanza, da una deroga *irragionevole* alle norme dispositive⁽⁴³⁾.

sensi del § 157 BGB; qualora il contratto non potesse essere integrato attraverso il ricorso ai predetti criteri, esso sarebbe nullo e il predisponente avrebbe l'onere di risarcire il danno al consumatore.

⁽⁴¹⁾ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 40, puntualizza che “non sempre, in corrispondenza di una clausola suscettibile di essere qualificata come ‘vessatoria’ (...) è dato individuare una regola dispositiva/suppletiva (sebbene una simile regola si possa - almeno in alcuni casi - costruire *a contrario* proprio attraverso la descrizione che il legislatore fornisce del contenuto di clausole che egli indica come presuntivamente vessatorie)”; S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, p. 413, afferma che “non sempre una clausola abusiva è tale perché in deroga al diritto dispositivo”.

⁽⁴²⁾ G. D'AMICO, *ult. op. cit.*, p. 41, sottolinea come “il diritto dispositivo continua ad essere un diritto ‘derogabile’ (anche per decisione unilaterale), ma solo fino al punto in cui la deroga non

Se, da una parte, il legislatore, nell'art. 33, comma 2, cod. cons., ha tentato di arginare la discrezionalità del giudice, formulando un corposo catalogo (paradigmatico, in realtà) di clausole per le quali vige una presunzione *iuris tantum* di vessatorietà, dall'altra parte ha in esso fatto ricorso a formule piuttosto indeterminate, quali “ragionevole preavviso”, prezzo “eccessivamente elevato”, termine “eccessivamente anticipato”, conferendo in tal guisa all'organo giudicante un vasto spazio di valutazione .

Tornando al quesito posto in apertura del presente paragrafo, si rende necessario capire come si possa procedere all'integrazione della lacuna contrattuale generatasi a seguito della dichiarazione di nullità di una clausola vessatoria dipendente da una deroga abusiva a una norma dispositiva⁽⁴⁴⁾: si può applicare il meccanismo di riespansione del diritto dispositivo derogato? Si può ricorrere altresì a forme di eterointegrazione giudiziale del contratto?

Per risolvere la questione si ritiene possibile prospettare, in astratto, tre tipologie di rimedi, alternative l'una rispetto all'altra; tutte le soluzioni non sono da escludere a priori, pur presentando punti di forza e, per altro verso, argomenti meno convincenti⁽⁴⁵⁾.

comporti una (notevole) alterazione di quell'equilibrata composizione degli interessi dei contraenti (in vista, in particolare, della tutela del contraente debole), che - nei contratti con i consumatori - viene in tal modo assunta come esigenza comunque da soddisfare”; l'A. cita, *sub* nota n. 19, A. M. BENEDETTI e M. GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2013, I, p. 1077 ss., i quali affermano che “la scelta del legislatore di fissare criteri cui ancorare il giudizio di legittimità della deroga attribuisce inevitabilmente al giudice un notevole potere discrezionale” (p. 1080) e chiariscono (*sub* nota n. 9) che “si tratta di un giudizio di meritevolezza, e come tale di legittimità assiologica della deroga, ammessa purché non confligga con valori inderogabili”.

⁽⁴³⁾ Sul concetto di ragionevolezza in diritto privato, si vedano, in particolare, F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 681 ss; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Torino, 2004.

⁽⁴⁴⁾ A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 186 s., sottolinea che “il contratto non negoziato può anche contenere clausole nulle perché contrarie a norme imperative, o essere esso stesso invalido perché il programma contrattuale (tipico o atipico che esso sia) risulti strutturalmente incompleto, illecito o immeritevole di tutela. In quest'ultimo caso la nullità sarà pronunciata ai sensi della normativa (codicistica o di settore) che contiene la regola violata; e naturalmente, non ci sarà spazio per un'integrazione suppletiva del contratto”.

⁽⁴⁵⁾ A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”*: *nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 23, evidenzia le tre alternative: “si tratta di intendere quali siano gli effetti della

La prima alternativa è rappresentata dall'espunzione *sic et simpliciter* della clausola nulla dal contratto: tale drastica soluzione pare offrire completa tutela al consumatore e rispettare quanto si limita a prescrivere la Direttiva CE/93/13, in base alla quale “le clausole vessatorie non sono vincolanti per il consumatore”.

La seconda via consiste invece nell'integrazione legale della lacuna contrattuale mediante la mera applicazione della norma dispositiva derogata (abusivamente).

La terza soluzione, infine, è l'integrazione del contratto tramite una regola costruita dal giudice secondo equità, alternativa che sembrerebbe trovare legittimazione nella *ratio* della normativa sulle clausole vessatorie, che consiste nel reprimere l'abuso che potrebbe derivare dalla deroga unilaterale a norme dispositive operata dal professionista, che sfoci in un regolamento negoziale notevolmente equilibrato quanto a diritti ed obblighi imposti alle parti. Il compito del giudice sarebbe, quindi, ricondurre il regolamento in equilibrio, eliminando la parte in eccesso che ne determina la vessatorietà, assumendo come parametro una contrattazione condotta in buona fede e in un mercato correttamente funzionante⁽⁴⁶⁾.

La seconda e la terza soluzione, a ben vedere, riecheggiano le fonti di integrazione del contratto previste dall'art. 1374 c.c.: *prima facie* non si riscontrano ostacoli giuridici all'applicazione di tale norma codicistica per risolvere la questione delle lacune contrattuali in esame, tenendo a mente che proprio l'art. 1469-*bis* c.c. attualmente in vigore dispone che “le disposizioni del presente titolo [cioè le norme concernenti la disciplina sul contratto in generale, artt. 1321 - 1469 c.c.] si applicano

‘disapplicazione’ della clausola abusiva: se se ne dia la mera caducazione ovvero si determini l'integrazione della lacuna mediante il ricorso alla disciplina dispositiva abusivamente derogata, ovvero ad altra regola di costruzione giudiziale”.

⁽⁴⁶⁾ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 46 s., afferma che, adottando tale soluzione, il giudice dovrebbe cercare di “ipotizzare quale sarebbe stato (non tanto - si badi - il regolamento cui sarebbero pervenute le parti se avessero contrattato in condizioni di parità, quanto piuttosto) il regolamento che avrebbe razionalmente accettato un contraente che avesse potuto ‘negoziare’ il contratto secondo *standards* di mercato e con una controparte che si fosse comportata in maniera corretta”. Il giudice dovrebbe decidere applicando il criterio equitativo, intendendosi per ‘equità’ non una misura astratta, che esprima in assoluto la giustizia dello scambio, quanto piuttosto una equità “relativa”, “ossia quella composizione degli interessi dei contraenti che è suscettibile di determinarsi nel mercato (concretamente rilevante, e) in base alla diversa forza contrattuale dei contraenti (che viene dunque data per presupposta), seppur senza quei fattori ‘distorsivi’ che hanno operato nella singola contrattazione”: così G. D'AMICO, ult. op. cit., p. 47, *sub* nota n. 30.

ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore”⁽⁴⁷⁾.

Tuttavia, alla luce del rilievo che in tali fattispecie l'integrazione del contratto non avrebbe ad oggetto un regolamento negoziale lacunoso fin da quando è stato costituito, bensì divenuto tale solo in un momento successivo (cioè attraverso la dichiarazione di nullità di una clausola vessatoria), parte della dottrina ha ritenuto che non si possa applicare l'art. 1374 c.c., norma idonea a colmare solo lacune c.d. originarie. In particolare, tali Autori sostengono che la soluzione sia rappresentata dall'integrazione attraverso le norme dispositive derogate, in virtù della *ratio* (prevalente o esclusiva?) che ritengono sottesa alla disciplina consumeristica, individuata nella protezione del contraente debole⁽⁴⁸⁾.

Il suddetto orientamento non convince del tutto, in quanto se fondato sulla *ratio* della legislazione sui contratti dei consumatori, esso non può non tenere in considerazione che l'obiettivo di tutelare la parte c.d. debole del rapporto coesiste con un'altra fondamentale finalità, cioè la garanzia del corretto funzionamento del mercato concorrenziale, scevro da eventuali alterazioni determinate dall'applicazione di clausole abusive. Inoltre, nemmeno il collegamento tra l'art. 1374 c.c., letto in un'ottica evolutiva, e le lacune originarie del regolamento contrattuale pare vincolante.

Pertanto, il legislatore del codice del consumo avrebbe ben potuto espressamente disciplinare l'integrazione della lacune contrattuali *de quibus*, inserendo una norma che consentisse l'applicazione dell'art. 1374 c.c.; una siffatta soluzione, peraltro, si scontrerebbe forse con la prima delle alternative sopra esposte (cioè la caducazione *sic et simpliciter* della clausola nulla), che in determinati casi potrebbe meglio garantire l'interesse del consumatore. Per ovviare a tale impedimento

⁽⁴⁷⁾ Una ampia parte della dottrina si è espressa a favore dell'applicazione dell'art. 1374 c.c.; *ex multis*, v. S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 1099; U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive e linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, p. 294; ; A. TULLIO, *Il contratto per adesione*, p. 86; S. MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole del mercato nella disciplina generale dei contratti del consumatore*, Torino, 1998, p. 147 ss.; C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 215.

⁽⁴⁸⁾ Si veda, in particolare, F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 692 ss.

occorrerebbe riconoscere al giudice il potere di individuare, nel caso concreto, in quali ipotesi il contratto necessiti di essere integrato e in quali altre fattispecie sia sufficiente la mera espunzione, e ciò sicuramente significherebbe attribuire all'organo giudicante un ampio potere discrezionale.

Una riserva circa l'applicazione dell'art. 1374 c.c., ed in particolare in merito all'intervento correttivo del giudice di carattere equitativo al fine di colmare le lacune determinate dalla nullità di clausole abusive, è dettata da una valutazione di opportunità, legata alla certezza del diritto: si deve tenere presente, infatti, che i contratti con i consumatori sono usualmente elaborati e conclusi in serie, attraverso il ricorso a modelli standardizzati e quindi potrebbe generare un elevato grado di incertezza nel sistema affidare, potenzialmente, ad un imprecisato numero di giudici diversi l'esame e la correzione delle clausole vessatorie con lo scopo di integrare (e salvare) i contratti⁽⁴⁹⁾.

Inoltre, attraverso la riduzione/correzione equitativa della clausola, il risultato finale sarebbe quello di conferire alla stessa validità ed efficacia, seppur affievolite: ciò parrebbe in contrasto con quanto disposto dalla Direttiva 13/93, in base alla quale le clausole vessatorie "non sono vincolanti per il consumatore". La "non vincolatività" delle clausole porta ad escluderne la validità, presupposta qualora il giudice potesse correggerle e dar loro applicazione nella "nuova" versione riveduta e corretta (il richiamo è a quanto già affermato sul tema della riduzione equitativa della clausola penale manifestamente eccessiva ai sensi dell'art. 1384 c.c.).

Infine, una terza criticità fa propendere per l'esclusione dell'intervento correttivo giudiziale: l'integrazione equitativa, ai sensi dell'art. 1374 c.c., è subordinata alla mancanza di una legge che possa colmare la lacuna, secondo la consueta gerarchia delle fonti. Pertanto, qualora sia disponibile una norma di legge, sarà questa fonte deputata all'integrazione e non l'equità, a meno che il legislatore non provveda ad approvare una norma speciale che preveda, facendo eccezione all'art. 1374 c.c., la possibilità per il giudice di intervenire e correggere la clausola in tali ipotesi.

⁽⁴⁹⁾ Si condivide l'osservazione di G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 51. Inoltre - e sarà un'argomentazione addotta dalla Corte di Giustizia UE contro interventi correttivi - l'effetto dissuasivo sui predisponenti/professionisti sarebbe alquanto attenuato se si attribuisse al giudice il potere di correggere le clausole e riportare al di sotto della soglia di abusività.

Alcuni Autori hanno proposto l'applicazione dell'art. 1374 c.c. al fine di integrare il contratto in caso di declaratoria di nullità di una clausola vessatoria, ma limitatamente alla parte in cui si richiama la legge quale fonte di integrazione, escludendo, condivisibilmente, il ricorso (agli usi e) all'equità⁽⁵⁰⁾.

Importanti, in proposito, sono le risposte offerte dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che è intervenuta sul tema con cadenza pressoché annuale, a partire dal 2012 fino al 2017.

3.4.- Da *Banco Español* (2012) a *Banco Primus* (2017): la Corte di Giustizia mette a fuoco gli effetti della dichiarazione di vessatorietà di una clausola.

La prima sentenza della Corte di Giustizia rilevante ai fini del presente studio è stata emanata in data 14 giugno 2012⁽⁵¹⁾ (c.d. caso *Banco Español*): la questione pregiudiziale sottesa ad essa era stata proposta nel 2010 da un giudice spagnolo, in sede di appello contro una pronuncia che, nell'ambito dell'esame di un contratto di mutuo, aveva dichiarato vessatoria una clausola che fissava il tasso degli interessi di mora al 29%, a fronte di un tasso legale che, in quel momento, era pari al 9%. Dopo aver dichiarato la nullità di tale clausola, il giudice di primo grado aveva rimodulato il tasso di interessi moratori al 19%, in attuazione di un potere attribuitogli dall'art. 83 del *Real Decreto Legislativo* n. 1/2007⁽⁵²⁾, disposizione che stabilisce che “le clausole abusive sono nulle di pieno diritto e si considerano non apposte” e, al secondo comma, che “la parte del contratto colpita nullità è integrata conformemente all'art. 1258 del codice civile e al principio di buona fede oggettiva”. Il giudice remittente,

⁽⁵⁰⁾ Cfr. E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole generali*, Napoli, 1999, p. 154 ss.

⁽⁵¹⁾ Corte di Giustizia UE, 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, in *Contratti*, 2013, p. 16 ss., con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”*: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto, cit.

⁽⁵²⁾ Si tratta del *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*; l'art. 83 è rubricato *Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato*.

pertanto, domandava alla Corte di Lussemburgo se tale normativa interna fosse compatibile con la direttiva europea 93/13 in materia di clausole vessatorie.

La risposta dei giudici europei è stata fulminante: “l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13⁽⁵³⁾ dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro, quale l'articolo 83 del decreto legislativo reale n. 1/2007, recante approvazione del testo consolidato della legge generale sulla tutela dei consumatori e degli utenti (...) del 16 novembre 2007, che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola”.

Dal dispositivo si evince chiaramente che nessuno spazio è ipotizzabile per l'integrazione equitativa del giudice, che andrebbe a manipolare, attraverso una “riduzione conservativa”⁽⁵⁴⁾, il contenuto del regolamento contrattuale reso lacunoso dalla dichiarazione di nullità di una o più clausole vessatorie. Probabilmente la Corte di Giustizia ha tenuto conto anche delle ragioni e delle criticità esposte in chiusura del precedente paragrafo, che sconsigliano di ricorrere a tale strumento integrativo nelle fattispecie in esame.

Inoltre, nelle motivazioni della sentenza, la Corte insiste sul particolare e potente effetto preventivo e dissuasivo che produrrebbe la caducazione *sic et simpliciter* della clausola abusiva, ove sostiene che se al giudice fosse attribuito il potere di correggere il contenuto delle clausole abusive inserite nei contratti dei consumatori, ciò potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Infatti, sostengono i giudici europei, tale facoltà contribuirebbe ad attenuare, se non a eliminare del tutto, l'effetto dissuasivo

⁽⁵³⁾ Art. 6 della Direttiva 93/13/CEE: “1. Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

2. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro”.

⁽⁵⁴⁾ Così G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto*, cit., p. 49.

esercitato sui professionisti dalla pura e semplice caducazione (e, di conseguenza, non applicazione nei confronti del consumatore) delle clausole abusive, dal momento che essi rimarrebbero invogliati ad utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero dichiarate nulle, il contratto potrebbe nondimeno essere corretto dal giudice nazionale, in modo tale da garantire l'interesse di detti professionisti. Ne consegue che un potere siffatto, se fosse riconosciuto ai giudici nazionali, non potrebbe offrire, di per sé, una tutela del consumatore efficace quanto quella risultante dalla non applicazione delle clausole abusive⁽⁵⁵⁾.

In definitiva la Corte europea esclude l'integrazione della lacune determinate dalla espunzione di una clausola vessatoria che si attua "rivedendo il contenuto di tale clausola": da queste criptiche parole, presenti nella parte finale del dispositivo, in modo inequivocabile si può ritenere estromessa la riduzione conservativa *ope iudicis*, che era la soluzione prevista dalla legislazione spagnola oggetto della questione pregiudiziale. Ambiguità pare permanere, tuttavia, a proposito delle fonti di integrazione legale. Si può ritenere l'introduzione di una norma al fine di colmare una lacuna come una "revisione del contenuto" della clausola?

Non ha granché aiutato a sciogliere il dilemma nemmeno la successiva sentenza della Corte di Giustizia del 30 maggio 2013⁽⁵⁶⁾ (c.d. *Asbeek Brusse*); in questo caso un giudice di Amsterdam aveva richiesto alla Corte UE di verificare la compatibilità con il diritto europeo di una norma del codice civile olandese che consentiva all'organo

⁽⁵⁵⁾ Argomentazioni di cui ai punti nn. 69 e 70 della sentenza in commento. Prosegue, sempre al punto n. 70 (e 71): "Peraltro, tale facoltà non potrebbe nemmeno desumersi dall'articolo 8 della direttiva 93/13, che lascia agli Stati membri la possibilità di adottare o mantenere, nel settore disciplinato da tale direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il diritto dell'Unione, purché sia garantito un livello di protezione più elevato per il consumatore (v. sentenze del 3 giugno 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, Racc. pag. I-4785, punti 28 e 29, nonché *Perenicová e Perenic*, cit., punto 34). Risulta, pertanto, da tali considerazioni che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non può essere interpretato nel senso che consente al giudice nazionale, nel caso in cui accerti l'esistenza di una clausola abusiva inserita in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di rivedere il contenuto di detta clausola invece di escluderne semplicemente l'applicazione nei confronti di quest'ultimo".

⁽⁵⁶⁾ Corte di Giustizia UE, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek Brusse c. Jahani BV*, in *Foro it.*, 2014, IV, 3; in relazione a detta pronuncia si veda il commento di R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in *www.juscivile.it*, 2013, 7, p. 388 ss..

giudicante di ridurre equitativamente l'ammontare di una clausola penale ritenuta manifestamente eccessiva. La Corte ribadisce quanto affermato nemmeno dodici mesi prima in *Banco Español*: “l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che non consente al giudice nazionale, qualora quest'ultimo abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di limitarsi, come lo autorizza a fare il diritto nazionale, a ridurre l'importo della penale imposta da tale clausola a carico di detto consumatore, ma gli impone la pura e semplice disapplicazione di siffatta clausola nei confronti del consumatore”.

La Corte, nella sentenza in questione, avverte la necessità di richiamare la rilevanza “dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori”⁽⁵⁷⁾, ragion per cui la direttiva 93/13 impone agli Stati membri di predisporre mezzi adeguati ed efficaci «per far cessare l'utilizzo di clausole abusive nei contratti stipulati da un professionista con i consumatori». Orbene, se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto di clausole abusive contenute in contratti del genere, una siffatta facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine indicato all'articolo 7 della direttiva, in quanto essa ridurrebbe, ripetono i giudici di Lussemburgo, *l'effetto dissuasivo* esercitato sui professionisti dalla mera caducazione della clausole vessatorie.

Come in *Banco Español*, anche nella sentenza *Asbeek Brusse* la Corte di Giustizia non ammette, in modo esplicito e perentorio, qualsivoglia intervento integrativo-correttivo ad opera del giudice; maggiore ambiguità persiste, invece, con riferimento all'integrazione a mezzo del diritto legale dispositivo.

La dottrina, dopo l'emanazione delle due sentenze, si è divisa sul punto. Alcuni Autori hanno ritenuto che la Corte di Giustizia UE abbia respinto non solo l'integrazione attraverso il potere correttivo del giudice ma, in forma implicita, anche la diversa soluzione dell'intervento della norme dispositive⁽⁵⁸⁾; per altra parte della dottrina, invece, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto alla direttiva 93/13 una

⁽⁵⁷⁾ Cfr. punto n. 58 della sentenza *Asbeek Brusse*, cit.

⁽⁵⁸⁾ Tra questi, A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”*, cit., p. 23.

posizione neutrale in merito all'integrazione legale, attribuendo ai singoli Paesi membri la facoltà di prevedere o meno, all'interno delle rispettive legislazioni nazionali, meccanismi integrativi a mezzo del diritto dispositivo⁽⁵⁹⁾.

Si rileva, in entrambi i casi, da una lettura attenta delle sentenze *Banco Español e Asbeek Brusse*, da un lato come traspaia una spiccata diffidenza della Corte di Lussemburgo nei confronti di interventi correttivi e manipolativi del contenuto dei contratti dei consumatori da parte dei giudici nazionali, dall'altro lato che le due pronunce nulla abbiano disposto in merito all'esclusione dell'integrazione legale, lasciando aperta la porta all'operare di tale meccanismo, ovviamente laddove sia consentito dalle singole legislazioni nazionali⁽⁶⁰⁾. Nel sistema tedesco, ad esempio, il § 306 *abs.* 2 del BGB dispone che, a seguito della dichiarazione di inefficacia di una clausola vessatoria, si proceda all'integrazione delle lacune attraverso il diritto dispositivo⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ In particolare, v. S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, cit., p. 413.

⁽⁶⁰⁾ Risulta condivisibile l'osservazione formulata (prima della sentenza *Kásler*) da G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 61, *sub* nota n. 58: "la disposizione della direttiva invocata è quella che stabilisce la 'non vincolatività' delle clausole vessatorie; e mentre l'ammissione di una integrazione giudiziale (in particolare realizzata attraverso la tecnica della c.d. 'riduzione conservativa') potrebbe in effetti tradursi in un meccanismo che mantiene (sia pur ridotta) una efficacia sulla clausola, lo stesso non potrebbe dirsi per una integrazione che avvenisse a mezzo dell'applicazione al rapporto della disciplina legale (abusivamente derogata)". Precisa R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice*, cit., p. 399, che "è plausibile l'idea che sia al ruolo del giudice più che all'innesto della disciplina legale che la giurisprudenza comunitaria intenda sbarrare la strada". La tesi dell'Autrice troverà conferma nelle successive pronunce della Corte di Giustizia, *Kasler* (2014) e *Unicaja Banco* (2015).

⁽⁶¹⁾ § 306 BGB - Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit.

(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

⁽⁶²⁾ A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 721, evidenzia che il legislatore tedesco non differenzia la posizione soggettiva dei contraenti ma "dispone in termini per così dire «neutrali» l'inefficacia della clausola vessatoria a prescindere dal fatto che ciò avvanti o no il consumatore".

Con la sentenza del 30 aprile 2014⁽⁶³⁾ (caso Árpád Kásler) la Corte torna ad occuparsi degli effetti della caducazione di una clausola vessatoria e si pronuncia nuovamente in merito all'art. 6, paragrafo 1, della Direttiva 93/13, che deve essere interpretato “nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, ove un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta ad una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva”.

Apparentemente, si tratta di un *révirement* giurisprudenziale: la severa Corte europea ammette ciò che fino a un anno prima sembrava (forse implicitamente) escludere, cioè l'integrazione, per il tramite del diritto dispositivo, della lacuna determinata dalla nullità di una clausola vessatoria. Tuttavia, occorre porre l'attenzione su un inciso utilizzato dai giudici all'inizio del dispositivo: “*in una situazione come quella di cui al procedimento principale...*”. E' necessario perciò contestualizzare la decisione, illustrando il caso di specie per poi risalire alla *ratio* sottesa ad essa.

Un giudice ungherese, nell'ambito di una controversia sorta tra due mutuatari e la banca mutuante, in merito al carattere che si pretende abusivo di una clausola contrattuale relativa al corso di cambio applicabile ai rimborsi di un mutuo espresso in valuta estera, aveva presentato domanda di pronuncia pregiudiziale affinché la Corte di Giustizia UE stabilisse se l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 ed il punto 73 della sentenza *Banco Español*⁽⁶⁴⁾, debbano essere interpretati nel senso che il

⁽⁶³⁾ Corte di Giustizia UE, 30 aprile 2014, causa C-26/13, Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, in relazione alla quale si segnalano il commento critico di A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *www.dimt.it*, 2014, e quello adesivo di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, p. 854 ss.

⁽⁶⁴⁾ Sentenza *Banco Español*, p. n. 73: “l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro, quale l'articolo 83 del decreto legislativo n. 1/2007, che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola”.

giudice nazionale non può neppure sanare l'invalidità, nei confronti del consumatore, di una clausola vessatoria inserita in un contratto di mutuo concluso con un consumatore, modificando o integrando il regolamento negoziale, qualora il contratto non possa sussistere sulla base delle altre clausole contrattuali dopo la rimozione di quella abusiva. Nel caso di specie, il giudice remittente segnalava che il diritto ungherese prevede una norma suppletiva che disciplina la questione giuridica in discussione⁽⁶⁵⁾.

Nel caso *Kásler*, a differenza che in *Banco Español* e *Asbeek Brusse*, la clausola del contratto di mutuo dichiarata abusiva si configura come essenziale, in quanto regolante le prestazioni dovute dalle parti⁽⁶⁶⁾. Ne consegue che dinanzi alla caducazione di tale clausola, l'alternativa che si pone è tra la nullità dell'intero contratto ovvero l'integrazione della lacuna sopravvenuta. La Corte, dissolvendo le nubi di ambiguità sorte con le precedenti pronunce sul tema, chiarisce che qualora la clausola dichiarata abusiva sia essenziale, il giudice nazionale può rideterminarne il contenuto, attraverso l'applicazione di una disposizione normativa di natura suppletiva. Nel caso di specie, attraverso tale integrazione legale si eviterebbe di porre a carico dei due mutuatari le oscillazioni del cambio fiorino ungherese/franco svizzero.

⁽⁶⁵⁾ Due cittadini ungheresi, Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai, stipulavano con una banca un contratto di mutuo espresso in valuta estera e garantito mediante ipoteca; nel contratto si precisava che «l'importo in valuta estera del mutuo è stabilito in base al corso di acquisto della valuta applicato dalla banca alla data di erogazione dei fondi» e che «dopo l'erogazione dei fondi, l'importo del mutuo, dei relativi interessi e delle spese di gestione, nonché l'importo degli interessi di mora e delle altre spese saranno fissati in valuta estera»; i rimborsi dovevano avvenire «sulla base del corso di acquisto del franco svizzero». Una clausola stabiliva inoltre che il rimborso dovesse essere convertito in fiorini ungheresi, ma al costo di vendita praticato dalla banca «il giorno precedente la data di esigibilità». I clienti agivano in giudizio nei confronti della banca, assumendo la vessatorietà di tale clausola, che aveva posto in essere una modifica unilaterale delle condizioni contrattuali; i giudici ungheresi accoglievano le loro tesi, rilevando che la clausola in questione «non era né chiara né comprensibile, in quanto non permetteva di conoscere che cosa giustificasse la differenza di modalità di calcolo del mutuo a seconda che si tratti della sua erogazione o del suo ammortamento».

⁽⁶⁶⁾ La clausola, nel caso *de quo*, determinava l'ammontare della rata mensile dovuta dai mutuatari ed è stata dichiarata vessatoria in quanto faceva dipendere l'ammontare di una rata in fiorini ungheresi dal tasso di cambio tra fiorini e franchi svizzeri, pur senza la corrispettiva prestazione di servizi di cambio. Scopo della banca era evidentemente quello di ottenere vantaggi ulteriori rispetto alla semplice restituzione delle somme erogate, approfittando della contestuale svalutazione del fiorino ungherese.

I giudici europei, quindi, consentono l'integrazione legale delle lacune contrattuali sopraggiunte a seguito della declaratoria di nullità di una clausola abusiva, solo qualora detta clausola fosse essenziale per la sopravvivenza dell'intero contratto. Non già una "correzione" equitativa del regolamento contrattuale attraverso scelte discrezionali del giudice⁽⁶⁷⁾, ma la mera applicazione della norma dispositiva che era stata derogata dalle parti (*rectius*, dalla parte predisponente), con l'effetto di determinare una sproporzione di diritti ed obblighi a svantaggio del consumatore. L'integrazione dispositiva, a differenza di quella equitativo-correctiva, non porta con sé il rischio dell'imprevedibilità della decisione e dello snaturamento di quanto pattuito dalle parti attraverso l'autonomia privata. Inoltre, pare una soluzione conforme alla *ratio* della disciplina delle clausole abusive nei contratti dei consumatori: se, in un caso come quello in esame, il giudice nazionale non potesse sostituire ad una clausola abusiva una disposizione di natura suppletiva ma dovesse limitarsi a dichiarare la nullità del contratto, il consumatore rischierebbe di essere esposto a conseguenze particolarmente dannose, di guisa che il carattere dissuasivo risultante dall'obliterazione del contratto risulterebbe compromesso. Infatti la caducazione dell'intero contratto produrrebbe come effetto quello di rendere immediatamente esigibile l'importo del residuo prestito, dovuto in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore e, pertanto, tenderebbe a penalizzare quest'ultimo piuttosto che l'istituto bancario, che non sarebbe di conseguenza dissuaso dall'inserire siffatte clausole nei contratti proposti⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Si condivide quanto osservato da G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 268, *sub* nota n. 38: "l'intervento del giudice nel contratto, laddove ammissibile, dovrebbe avvenire per assicurare il rispetto dei termini originari secondo buona fede e non in funzione di un'astratta e imprecisata idea di 'giustizia' contrattuale che per quanto auspicabile, potrebbe essere garantita solo applicando parametri rigorosamente oggettivi e non certamente rimessi alla mera discrezionalità. Tale intervento correttivo, a meno di non dover applicare una disciplina legale suppletiva, rimane quindi assai pericoloso, perché il giudice è pur sempre estraneo all'accordo e lontano dagli interessi che hanno spinto in concreto i privati alla contrattazione". Sul punto, v. anche G. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007.

⁽⁶⁸⁾ A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, cit., rileva che "la *ratio* a fondamento della nullità (o, a seconda degli ordinamenti, dell'inefficacia) della clausola vessatoria impone di attivare soluzioni che, per un verso, assicurano soluzioni prevedibili ed equilibrate e, per l'altro, consentono di evitare un esito, quello della nullità totale, che esporrebbe il

L'anno successivo, con sentenza in data 30 gennaio 2015⁽⁶⁹⁾ (caso Unicaja Banco), la Corte di Giustizia risponde al quesito pregiudiziale di un giudice del comune andaluso di Marchena, il quale, riunite ben quattro cause analoghe, interroga i giudici europei circa la compatibilità del combinato disposto dell'art. 3 e della II disposizione transitoria della *Ley n. 1/2003 de Proteccìon al Deudor Hipotecario, Reestructuraciòn de Deuda y Alquiler Social*⁽⁷⁰⁾: in base a dette norme, qualora gli interessi moratori di un mutuo ipotecario sottoscritto per l'acquisto della "prima casa" superino, in un procedimento di esecuzione forzata, il triplo del tasso di interesse legale, il giudice è legittimato a rettificare la clausola abusiva. Si chiede pertanto alla Corte se il dovere di ricalcolare gli interessi di mora e ricondurli entro la soglia prevista *ex lege* sia compatibile con l'art. 6, comma 1 della Direttiva 93/13, che, come noto, prescrive di considerare le clausole vessatorie come non apposte.

La Corte UE risponde che "l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE (...) deve essere interpretato nel senso che non osta ad una disposizione nazionale in virtù della quale il giudice nazionale investito di un procedimento di esecuzione ipotecaria" possa effettuare il predetto ricalcolo degli interessi, "purché l'applicazione della disposizione nazionale non pregiudichi la valutazione da parte di tale giudice nazionale del carattere abusivo di suddetta clausola" e non impedisca al giudice nazionale di disapplicare la clausola ove dovesse concludere per il carattere «abusivo» della medesima, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13.

Nell'articolata sentenza, la Corte menziona le precedenti tre pronunce (*Banco Español, Asbeek Brusse e Kásler*) nella quali si è occupata della corretta lettura dell'art. 6 della direttiva 93/13 comminante l'espunzione delle clausole vessatorie - senza

consumatore "a conseguenze particolarmente dannose, talché il carattere dissuasivo risultante dall'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso".

⁽⁶⁹⁾ Corte di Giustizia UE, 21 gennaio 2015, cause riunite C-482-484-485-487/13, Unicaja Banco c. José Hidalgo Rueda e altri, in *Nuova giur. civ. comm.*, V, 2015, p. 417 ss., con nota di S.PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, p. 423 ss.

⁽⁷⁰⁾ La *Ley n. 1/2003 de Proteccìon al Deudor Hipotecario, Reestructuraciòn de Deuda y Alquiler Social* è una normativa approvata al fine di realizzare il contenimento dei tassi di interesse ed evitare la genesi di bolle speculative, a seguito della crisi sviluppatasi a inizio decennio nel mercato immobiliare.

espressamente prevedere meccanismi di integrazione delle lacune da tale caducazione determinate - e ribadisce che l'obiettivo perseguito dalla legislazione europea, di tipo dissuasivo, può essere pienamente raggiunto soltanto attraverso la mera disapplicazione delle clausole abusive. Il risultato in questione sarebbe compromesso qualora il giudice nazionale potesse correggere la clausola e permettere, quindi, che essa continui a produrre effetti (seppur "mitigati")⁽⁷¹⁾.

Proprio nell'ottica nella lotta serrata alla predisposizione di clausole abusive in contratti *b2c*, prosegue la Corte in *Unicaja*, l'integrazione rimane bandita nonostante l'ordinamento offra, per colmare la lacuna, una norma dispositiva, sempre ammesso che il contratto possa comunque continuare a produrre effetti. Infatti, poiché lo scopo della direttiva in esame è la protezione di un interesse *al contratto* e non *al recesso*⁽⁷²⁾, l'integrazione legale riacquista vigore nei casi in cui la caducazione *sic et simpliciter* della clausola vessatoria, essenziale, determinerebbe la nullità dell'intero regolamento contrattuale, spesso con pregiudizio per il consumatore.

Occorre rilevare, ad ogni modo, una centrale differenza di fattispecie tra la sentenza *Unicaja* del 2015 e *Kásler* (2014): infatti un contratto di mutuo rimane valido e può continuare a produrre effetti anche se gli viene "amputata", in quanto vessatoria, la clausola sugli interessi di mora, che non riveste carattere di essenzialità nell'economia del programma contrattuale (*Unicaja*); invece la clausola abusiva oggetto della decisione *Kásler* era essenziale - clausola di cambio che determinava

⁽⁷¹⁾ S. PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, p. 424, condivisibilmente afferma che "la rettifica giudiziale viene poi percepita come una tecnica affetta dal vistoso contrappunto di uno svolgersi secondo un'episodicità operativa fisiologicamente idonea a compromettere la calcolabilità delle decisioni e la certezza dei traffici. Il fatto che, in motivazione, questo argomento non torni, è presto spiegato: la norma spagnola impugnata non prevede una riduzione giudiziale ad equità bensì una specie di sostituzione di clausole ad esercizio giudiziale".

⁽⁷²⁾ Corte di Giustizia UE, 15 marzo 2012, causa C-453/10, Perenièová e Perenic c. SOS Financ, in *Foro it.*, 2013, IV, 171 ss.: "L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretato nel senso che, nel valutare se un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive possa continuare a sussistere in assenza di dette clausole, il giudice adito non può fondarsi unicamente sull'eventuale vantaggio per una delle parti, nella fattispecie il consumatore, derivante dall'annullamento del contratto in questione nel suo complesso. Ciononostante, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda, nel rispetto del diritto dell'Unione, che un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore".

l'ammontare delle rate in un contratto di mutuo - e ciò ha indotto i giudici di Lussemburgo a chiarire quale sia l'unico margine di intervento dell'integrazione legale⁽⁷³⁾. E su tale punto la Corte "non transige"⁽⁷⁴⁾.

Le successive recenti pronunce della Corte di Giustizia hanno consolidato e precisato l'orientamento severo tracciato dalla giurisprudenza esaminata. Nella sentenza pronunciata il 21 aprile del 2016⁽⁷⁵⁾, la Corte UE ribadisce che i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti dei consumatori, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima (...). Vista la natura e la rilevanza dell'interesse pubblico che costituisce la base della protezione accordata ai consumatori, la direttiva 93/13 impone agli Stati membri di prevedere mezzi adeguati ed efficaci «per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori». Orbene, si ripete che se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive contenute in contratti del genere, tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine indicato all'articolo 7 della predetta direttiva, in quanto ridurrebbe l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive.

⁽⁷³⁾ G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto*, cit., p. 269 s., afferma che "qualora integrazione ed effettività della tutela non siano tra loro scindibili, ma inevitabilmente interdipendenti, al giudice nazionale va riconosciuto il compito di valutare cosa rimanga del regolamento contrattuale mutilato, consentendogli all'occorrenza di operare un riequilibrio in forma specifica ove necessario". L'A., *ivi*, sub nota n. 39, riporta quanto sostenuto da S. PAGLIANTINI nel saggio *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto*, cit., p. 426: "in un certo senso si è al cospetto di una dottrina della Corte, le cui decisioni fungono da vere e proprie aggiunte in progress all'impianto lacunoso della dir. n. 13/93: delle aggiunte blindate colla corazza di un'interpretazione conforme la cui vis espansiva è il riflesso, a mo' di effetto correlato, dell'assenza di una vera cornice transnazionale di sistema".

⁽⁷⁴⁾ Così S. PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto*, cit., p. 425.

⁽⁷⁵⁾ Corte di Giustizia UE, 21 aprile 2016, causa C-377/14, Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová c. Finway.

Interessanti le parole utilizzate dalla Corte UE nella successiva pronuncia del 21 dicembre 2016⁽⁷⁶⁾, al punto n. 61 della motivazione, al fine di ribadire l'orientamento ormai cristallizzato: “una clausola contrattuale dichiarata abusiva deve essere considerata, in linea di principio, *come se non fosse mai esistita*, cosicché non può sortire effetti nei confronti del consumatore. Pertanto, l'accertamento giudiziale del carattere abusivo di una clausola del genere, in linea di massima, deve produrre la conseguenza di *ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola*”.

Da ultimo, la Corte di Giustizia è intervenuta con la sentenza del 26 gennaio 2017⁽⁷⁷⁾ (caso Banco Primus) a sottolineare che priorità assoluta è conferita alla mera espunzione dal contratto della clausola vessatoria, escludendo il ricorso a qualsivoglia meccanismo integrativo, in quanto il giudice non è autorizzato a “rivedere il contenuto della medesima” clausola.

3.5.- Postilla sulle decisioni dell'ABF in tema di mutui indicizzati al franco svizzero.

La giurisprudenza in tema di integrazione del contratto successivamente alla declaratoria di nullità di una clausola vessatoria, plasmata dalla Corte di Giustizia negli ultimi cinque anni, ha trovato accoglimento in alcune pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario (*in de*: ABF)⁽⁷⁸⁾, che meritano di essere esaminate.

⁽⁷⁶⁾ Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Fr. Gu. Na. c. Cajasur Banco e altri, della quale si segnalano i commenti di S. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2017, p. 11 ss. nonché di A. DALMARTELLO, *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. dir. banc.*, II, 2017.

⁽⁷⁷⁾ Corte di Giustizia UE, 26 gennaio 2017, causa C-421/14, Banco Primus c. Je. Gu. Ga.

⁽⁷⁸⁾ L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) è un sistema di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) che possono sorgere tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. L'ABF è stato istituito nel 2009 in attuazione dell'articolo 128-bis del Testo unico bancario, introdotto dalla legge sul risparmio (L. n. 262/2005). Il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) - che opera presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze - con Delibera del 29 luglio 2008 ha stabilito i criteri per lo svolgimento delle procedure di risoluzione delle

Le pronunce rilevanti in questa sede concernono la nota questione dei contratti di mutuo indicizzati al franco svizzero, le cui clausole contrattuali prevedevano, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il ricalcolo in valuta elvetica e la successiva riconversione in euro del capitale restituito. Sul tema sono intervenuti in più occasioni sia il Collegio di coordinamento dell'ABF sia i Collegi territoriali⁽⁷⁹⁾ ritenendo, in adesione alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE⁽⁸⁰⁾, che queste clausole siano nulle ai sensi dell'art. 36 del Codice del consumo in quanto non espongono in modo chiaro e comprensibile il funzionamento del meccanismo del conteggio estintivo, in contrasto con il principio di trasparenza sancito nel Codice stesso.

Le argomentazioni dell'ABF che rilevano ai fini del presente studio riguardano gli effetti della caducazione, nei contratti dei consumatori, della clausola ritenuta vessatoria. L'Arbitro, anche in questo caso, si è allineato con la giurisprudenza europea del caso *Kásler*, affermando che alla nullità di una clausola abusiva debba conseguire, nelle fattispecie in esame, l'integrazione del contratto tramite una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva.

Una diversa decisione del caso di specie, quale quella della caducazione *sic et simpliciter* della clausola vessatoria, avrebbe determinato la nullità dell'intero contratto e la conseguente preclusione per il consumatore di avvalersi della facoltà di estinguere anticipatamente il mutuo⁽⁸¹⁾.

controversie e ha affidato alla Banca d'Italia il compito di curarne l'organizzazione e il funzionamento.

⁽⁷⁹⁾ ABF, Collegio di Coordinamento, decisioni nn. 4135/2015, 5855/2015, 5866/2015, 5874/2015; Collegio di Milano, decisione n. 9190/2016; Collegio di Roma, decisione n. 89/2017.

⁽⁸⁰⁾ In particolare, viene richiamata dall'ABF la decisione *Kásler* (Corte Giust. UE, 30 aprile 2014, causa C-26/13).

⁽⁸¹⁾ Così ABF, Collegio di Milano, decisione n. 9190/2016: "Al fine di garantire una efficace tutela del consumatore, ravvisabile, nella specie, nel suo interesse ad avvalersi della facoltà di estinguere anticipatamente il mutuo, la lacuna creatasi in conseguenza dell'accertamento della nullità dell'art. 9 del contratto, va colmata, in via di integrazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 1374 c.c. nella parte in cui si richiama alla legge, applicandosi la norma generale dettata dall'art. 125-sexies, comma 1 T.U.B. (a tenore del quale "Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore"), norma adattata, nella specie, alle peculiarità del prodotto offerto, attraverso la previsione di specifici criteri di calcolo delle somme dovute, peraltro individuati non in modo chiaro e comprensibile per un consumatore".

In tale ottica, pare anche scongiurato il rischio, prospettato da parte della dottrina, di fornire una “iperprotezione al consumatore, garantendogli un regolamento di interessi assai più vantaggioso di quello che sarebbe assicurato da una ‘ordinaria’, e non abusiva, pattuizione”⁽⁸²⁾.

3.6.- Considerazioni conclusive sull’integrazione dei contratti dei consumatori.

Dopo aver delineato le questioni rilevanti in tema di contratti dei consumatori e aver passato in rassegna le più importanti sentenze della Corte di Giustizia UE e le pronunce dell’Arbitro Bancario Finanziario che si sono espresse sul tema degli effetti della caducazione di una clausola vessatoria, possono formularsi le seguenti conclusioni.

La soluzione che pare maggiormente conforme agli obiettivi della legislazione europea a tutela dei consumatori e, al contempo, aderente a quanto statuito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, pare quella dell’integrazione delle lacune determinate a seguito di dichiarazione di nullità di una clausola abusiva attraverso le norme del diritto dispositivo, con la centrale precisazione che essa trovi spazio solo qualora la clausola espunta fosse essenziale per la sopravvivenza del contratto.

Nel nostro ordinamento tale soluzione è consentita dall’art. 1374 c.c., norma che andrebbe riletta in un’ottica “evolutiva”, come suggerito da attenta dottrina⁽⁸³⁾. La norma codicistica sarebbe pertanto idonea tanto a colmare la lacune originarie del contratto (le parti nulla hanno disposto nel regolamento contrattuale in merito a uno o più profili), quanto quelle sopravvenute (una delle parti ha disposto ma in modo abusivo, originando uno squilibrio di diritti ed obblighi a suo vantaggio).

⁽⁸²⁾ A. D’ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”*, cit., p. 28

⁽⁸³⁾ Si vedano G. D’AMICO, *L’integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 62 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull’integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, cit., p. 425 s.

Il “nuovo volto” dell’art. 1374 è quello che considera l’evoluzione dell’ordinamento e, in particolare, la configurabilità di una deroga abusiva al diritto dispositivo e di una nullità della relativa clausola. Il diritto dispositivo sarebbe chiamato a colmare la lacuna così sopravvenuta, qualora - secondo la Corte UE - la clausola fosse essenziale nell’economia del contratto.

Orbene, nonostante la tesi sull’interpretazione evolutiva dell’art. 1374 c.c. paia piuttosto solida, tuttavia qualche ulteriore precisazione pare opportuna: la disposizione in questione prevede altre due fonti di integrazioni del contratto oltre alla legge, cioè gli usi e l’equità, fonti queste ultime che per i motivi ricordati nei precedenti paragrafi, devono ritenersi bandite nelle fattispecie in esame. Ritenendo che debba necessariamente apparire in modo chiaro e incontrovertibile il predetto limite di applicazione dell’art. 1374 c.c. “calvinamente” dimezzato⁽⁸⁴⁾, il legislatore dovrebbe intervenire, magari prendendo come modello il già ricordato codice civile tedesco, che al § 306, *Absatz* 2 dispone che “per quanto le clausole non sono divenute parte del contratto o sono inefficaci, il contenuto del contratto si regola secondo le disposizioni di legge”.

Nell’ordinamento tedesco, secondo la c.d. teoria della *Leitbildfunktion*, è compito del diritto dispositivo indicare all’organo giudicante quali sono i parametri di giustizia sostanziale in base ai quali valutare l’eventuale abusività di una clausola contrattuale.

Sebbene, come noto, le decisioni della Corte di Giustizia siano vincolanti per i giudici nazionali, sarebbe auspicabile che il legislatore italiano, al fine di fare chiarezza nella materia e garantire certezza e prevedibilità delle decisioni, *recepisse* in una normativa quanto affermato dalla Corte di giustizia nelle pronunce esaminate, come se fossero della para-direttive di origine giurisprudenziale che completano (integrano!) il contenuto della Direttiva 93/13.

Infine, sullo sfondo si staglia un dato che pare inoppugnabile: la nuova primavera per l’equità integrativo-correctiva non è destinata a manifestarsi nel settore dei contratti dei consumatori.

⁽⁸⁴⁾ Il riferimento è all’opera del 1951 di Italo Calvino, *Il Visconte dimezzato*, facente parte, insieme a *Il barone rampante* e *Il cavaliere inesistente*, della trilogia *I nostri antenati*, oggi edita da Mondadori.

A questo punto, l'indagine deve spostarsi nel campo dei contratti c.d. *B2b*, al fine di valutare se sussistano ipotesi in cui possa applicarsi la tecnica dell'integrazione/correzione equitativa del contratto, soprattutto in quelle fattispecie in cui il diritto dispositivo appaia eccessivamente favorevole nei confronti del creditore.

SEZIONE SECONDA

I CONTRATTI TRA PROFESSIONISTI

3.7.- Asimmetrie contrattuali al di là del modello *B2C*. Introduzione.

Il modello di tutela del contraente debole attraverso il sindacato giudiziale dell'equilibrio normativo del regolamento contrattuale è stato esportato dal legislatore verso differenti fattispecie, nelle quali è (talvolta) parimenti dato rintracciare una posizione di debolezza di uno dei contraenti: il riferimento è al c.d. terzo contratto⁽⁸⁵⁾, ovvero quello stipulato tra due professionisti, uno dei quali si trovi in posizione asimmetrica rispetto all'altro⁽⁸⁶⁾.

D'altra parte è necessario sottolineare che, se nei contratti dei consumatori l'asimmetria concerne il mero riscontro formale dello *status* della parte a priori ritenuta strutturalmente più debole⁽⁸⁷⁾, nei contratti *B2b* essa va valutata nel caso

⁽⁸⁵⁾ Il modello del "terzo contratto" si contrappone a quello del contratto di diritto comune e al contratto con il consumatore. Tale espressione è stata utilizzata per la prima volta da R. PARDOLESI, nella *Prefazione* a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica comparata*, Torino, 2004. Si veda altresì G. GITTI - G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in P. Rescigno, *Autonomia privata e collettiva*, Napoli - Roma, 2006.

⁽⁸⁶⁾ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss., il quale rileva che la nuova categoria contrattuale è caratterizzata da disparità oggettiva tra le parti. Negli stessi termini C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 555 ss.

⁽⁸⁷⁾ E. RUSSO, *Le transazioni commerciali*, Padova, 2005, p. 260 s., rileva che "mentre relativamente alla figura del consumatore si è potuta porre una presunzione assoluta di disparità tra le parti contraenti, con la conseguente automatica applicazione delle norme di protezione, con riguardo ai rapporti tra imprese, tutte astrattamente sullo stesso piano nell'esercizio dell'attività

concreto, analizzando la sussistenza di una posizione dominante⁽⁸⁸⁾ oppure della dipendenza economica unita all'impossibilità di reperire sul mercato valide alternative⁽⁸⁹⁾ oppure, ancora, delle specifiche condizioni e dei rapporti commerciali tra i contraenti, tenendo in considerazione la corretta prassi commerciale⁽⁹⁰⁾.

Scopo della presente sezione è l'esame delle discipline delle più rilevanti fattispecie contrattuali *B2b*, al fine di ricostruire gli spazi dell'integrazione eteronoma, alla luce del nuovo ruolo attribuito all'equità di cui all'art. 1374 c.c.

economica, si è dovuto ricorrere ad una valutazione caso per caso, e sulla base di tutte le circostanze della contrattazione per individuare il contraente debole meritevole di protezione”.

⁽⁸⁸⁾ Art. 3, l. 287/1990, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (c.d. legge “antitrust”): “È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

- a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;
- c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi”.

⁽⁸⁹⁾ Art. 9, comma 1, L. n. 192/1998 in tema di subfornitura: “È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti”.

⁽⁹⁰⁾ Art. 7, comma 1, D. lgs. 231/2002, modificato dal D. Lgs. 192/2012, disciplinante il contrasto ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: “Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”.

3.8.- L'originario e il rinnovato volto dell'art. 7 del D. lgs. 231/2002 a confronto. Effettiva portata della novella del 2012.

La versione originaria dell'art. 7 del d.lgs. 231/2002 sui ritardi di pagamento delle transazioni commerciali

Degna di particolare attenzione è la disciplina finalizzata alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in considerazione delle conseguenze negative che discendono da tali condotte, le quali cagionano danni alla competitività delle imprese creditrici e, più in generale, alla concorrenzialità del mercato. Tale normativa è destinata ad offrire tutela al credito al prezzo in tutti i generi di transazioni commerciali⁽⁹¹⁾ ed è contenuta nel D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231⁽⁹²⁾, emanato in attuazione della Direttiva 2000/35/CE; il decreto 231 è stato successivamente modificato dal D. Lgs. 192/2012, che ha recepito la Direttiva 2011/7/UE; si osserva che, come sovente accade, per vasti tratti il contenuto della fonte europea è stato trasposto letteralmente nella legislazione nazionale. Si rileva altresì come, nonostante siano stati regolati nel decreto istituti e temi già previsti nel codice civile, il legislatore non sia ricorso alla tecnica della novellazione, bensì abbia collocato le nuove norme in un decreto legislativo, che assume il regime di specialità rispetto alla disciplina codicistica⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto parzialmente nullo*, in G. D'Amico - S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., p. 110 s.

⁽⁹²⁾ Si segnalano alcune opere incentrate sul decreto legislativo 231/2002: P. MENGOZZI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. L'interpretazione delle norme nazionali delle direttive comunitarie*, Padova, 2007; S. G. SIMONE, *Pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, 2007, Torino, II, p. 845 ss.; C. MEDICI, *Ritardi nei pagamenti e clausole in deroga: protezione oltre il segno?*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 893 ss.; G. DE NOVA – S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003; G. ARNO – B. FERRI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Commento al Decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, Torino, 2003; M. GENTILE, *Commento al d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, attuazione della Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Guida al dir.*, 2002, fasc. 43, p. 14 ss.

⁽⁹³⁾ G. SALVI, *“Accordo gravemente iniquo” e “riconduzione ad equità” nell'art. 7, d. lgs. n. 231 del 2002*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 166.

La Direttiva 35 aveva come obiettivo quello di incentivare una riduzione dei tempi eccessivamente lunghi relativi al pagamento nelle transazioni commerciali; le tempistiche in questione erano sensibilmente più brevi nei Paesi germanici, scandinavi e anglosassoni ed esponenzialmente più lunghi negli Stati europei dell'area mediterranea. Per la prima volta, nel 2000, la Comunità Europea è “intervenuta su un punto centrale del diritto delle obbligazioni senza trincerarsi dietro il paravento della necessità di tutelare il consumatore”⁽⁹⁴⁾.

Il legislatore comunitario ha rilevato che non di rado il creditore, in una transazione commerciale, è rappresentato da un imprenditore medio – piccolo o da un artigiano o da un singolo professionista, soggetti caratterizzati da una debolezza fisiologica rispetto al debitore, che spesso è un'impresa di grandi dimensioni, capace di condizionare il regolare funzionamento del mercato, oppure da una Pubblica Amministrazione⁽⁹⁵⁾, con riferimento alla quale è nota la prassi di prevedere termini di pagamento estremamente lunghi, che possono danneggiare il creditore⁽⁹⁶⁾.

La versione originaria dell'art. 7 del decreto in esame, al primo comma, prevedeva la sanzione della nullità per gli accordi sulla data dell'adempimento e sulle conseguenze del pagamento ritardato, i quali, sulla base di criteri indicati dallo stesso decreto, siano “gravemente iniqui” in danno del creditore; il secondo comma enucleava una serie di accordi nulli *ex lege*; il terzo e ultimo comma contemplava un'ipotesi di potere integrativo - equitativo posto in capo al giudice, che poteva agire d'ufficio per dichiarare la nullità e decidere quale rimedio correttivo applicare, se i

⁽⁹⁴⁾ A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *European Legal Forum*, 2000, p. 386 ss. e in *Studium Juris*, 2001, p. 259 ss.

⁽⁹⁵⁾ Sull'applicabilità del D. Lgs. 231/2002 alle Pubbliche Amministrazioni si veda, ad esempio, P. MENGOZZI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 56 ss.

⁽⁹⁶⁾ Invero G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., p. 41, *sub nota n. 8*, afferma che nella disciplina di cui al D. Lgs. 231/2002 “non vi è una situazione di ‘debolezza’ dell'impresa che sia assunta dalla normativa (sia pure in astratto) come presupposto generale al quale ricollegare un trattamento normativo del rapporto contrattuale diverso da quello di ‘diritto comune’; ciò che, invece, avviene nell'area della contrattazione con i consumatori”.

termini legali previsti dagli articoli precedenti o se ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo⁽⁹⁷⁾.

Ne consegue, in modo piuttosto evidente, che l'ultima disposizione sopra richiamata attribuiva all'organo giudicante un potere di singolare ampiezza, cioè quello di dichiarare, anche d'ufficio, la nullità della clausola, accertata la sua grave iniquità, nonché di compiere la scelta, al fine conservativo del contratto stesso, tra l'applicazione dei termini legali e la riconduzione ad equità dell'accordo. In definitiva, il legislatore nazionale nel 2002 aveva caricato esclusivamente sulla figura del giudice il compito di assumere la decisione circa il rimedio correttivo da apprestare al contratto, non avendo preso in considerazione differenti tradizionali meccanismi, quale quello della nullità parziale⁽⁹⁸⁾.

La scelta del legislatore, se osservata con le lenti del rigoroso principio della sacertà del contratto, appare quasi eretica: parte della dottrina ha parlato di portata "epocale" del potere correttivo attribuito al giudice dalla disposizione in esame⁽⁹⁹⁾; altri Autori hanno accolto la nuova disciplina bollandola come "potenzialmente

⁽⁹⁷⁾ Così disponeva l'art. 7, D.lgs. 231/2002 nella versione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 249 del 23 ottobre 2002: "1. L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore.
2. Si considera, in particolare, gravemente iniquo l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi.
3. Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo".

⁽⁹⁸⁾ La disciplina sostitutiva applicabile sarebbe, secondo un orientamento minoritario, una norma dispositiva "rinforzata" e, pertanto, si sarebbe potuto richiamare l'applicazione dell'art. 1339 c.c.: cfr. R. CONTI, *Il D.Lgs. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 99 ss.; tale ipotesi è ritenuta innovativa e anzi, secondo parte della dottrina, andrebbe preferita all'intervento correttivo – equitativo del giudice, considerato inopportuno: si veda A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.

⁽⁹⁹⁾ E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento*, cit., p. 201; anche R. CONTI, *Il d. lgs. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, cit., p. 115.

eversiva rispetto al tradizionale paradigma liberale dell'autonomia privata"⁽¹⁰⁰⁾. Senza dubbio si tratta di un potere inconsueto nel nostro ordinamento, che fino al 2002 non aveva mai attribuito al giudice il potere di correggere equitativamente il contratto, benché avesse già attribuito all'organo giudicante un corposo potere di indagine sul contenuto normativo del negozio, come nel caso della dichiarazione di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori, ovvero sul contenuto economico, come nella fattispecie contemplata dall'art. 9 della L. 192/1998, che disciplina la subfornitura industriale.

Seppur la portata innovativa sia stata considerevole, pare eccessivo colorarla con sfumature apocalittiche ed epocali, poiché l'attribuzione al giudice di tale potere correttivo – equitativo si inserisce nell'evoluzione del progetto legislativo europeo e nazionale⁽¹⁰¹⁾ di approntare una normativa a tutela di peculiari situazioni contrattuali, consentendo spesso al giudice un intenso sindacato sul regolamento contrattuale, nonché di estendere progressivamente l'elenco delle fattispecie protette: da una prima fase in cui era il solo consumatore vessato dal professionista ad essere tutelato in via speciale, si è passati a un allargamento della tutela alle imprese deboli fino a una fase in cui oggetto di speciale tutela è il credito al prezzo nelle transazioni commerciali, a prescindere dal riscontro formale di una condizione di debolezza di un contraente⁽¹⁰²⁾.

Cionondimeno occorre domandarsi se il rimedio previsto dalla versione natale della norma *de qua* fosse da considerarsi, o meno, quale disposizione eccezionale e, quindi, se fosse configurabile una sua applicazione analogica. La parte di dottrina maggiormente affezionata al principio dell'intangibilità del contratto, strumento di massima espressione dell'autonomia privata, riteneva che la norma avesse natura

⁽¹⁰⁰⁾ Così A. PERRONE, *L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 133.

⁽¹⁰¹⁾ Riferendosi alle Direttive comunitarie, F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, II, 1997, p. 417: "le direttive comunitarie non ci piovono dal cielo, quali corpi estranei al nostro diritto nazionale. Il nuovo che esse introducono nel diritto degli Stati membri è, assai spesso, null'altro che l'emersione, in sede comunitaria, di mutamenti del senso comune già maturati, o in corso di maturazione, nei principali Paesi della Comunità".

⁽¹⁰²⁾ S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, cit., p. 110 s.

eccezionale. In particolare tali Autori sostenevano la pericolosità di una eventuale estensione del rimedio a casi non espressamente disciplinati dalla legge, in considerazione dell'estrema peculiarità della fattispecie e della possibilità per il giudice di esercitare d'ufficio il rimedio, con una conseguente, notevole, ingerenza sull'autonomia privata⁽¹⁰³⁾.

D'altra parte, secondo un diverso e maggiormente condivisibile orientamento, l'art. 7, comma 3 del D. Lgs. 231/02 non sarebbe stato classificabile quale norma eccezionale, poiché ritenuto espressione di un principio implicito di intervento correttivo rispetto alle iniquità contrattuali determinate da asimmetrie a livello macroeconomico⁽¹⁰⁴⁾. Infatti la regola *de qua*, seppur espressa in termini generici, era finalizzata a sanzionare l'esercizio abusivo del potere economico-contrattuale derivante al debitore dal singolare contesto in cui matura l'accordo negoziale e rispetto al quale l'impresa creditrice sia sfornita di alternative parimenti valide⁽¹⁰⁵⁾. Non pare condivisibile, invece, quell'orientamento volto a tratteggiare il rimedio di cui all'art. 7 quale indice della sussistenza, nel nostro ordinamento, di una regola generale che permette al giudice di sindacare il contenuto del contratto secondo parametri di ragionevolezza e proporzionalità, attribuendo rilievo alla mera iniquità

⁽¹⁰³⁾ G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori*, in G. Gitti – G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 128; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 237 ss.; E. RUSSO, *Le transazioni commerciali*, Padova, 2005, p. 265.

⁽¹⁰⁴⁾ E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., p. 325 s.; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009; M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le "Doctrines della 'Undue Influence' e della 'Unconscionability'"*, Padova, 2005, p. 3.

⁽¹⁰⁵⁾ In questo senso E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 421 ss.; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 753; A. PERRONE, *L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 65 ss. D'altra parte è necessario ricordare che il Considerando n. 19 della Direttiva 2000/35/CE testualmente affermava che fine ultimo della stessa è "proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore. Nel caso in cui un accordo abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, o nel caso in cui l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi, si può ritenere che questi elementi configurino un siffatto abuso. La presente direttiva non incide sulle disposizioni nazionali relative alle modalità di conclusione dei contratti o che disciplinano la validità delle clausole contrattuali abusive nei confronti del debitore".

delle prestazioni contrattuali, a prescindere dalle caratteristiche specifiche delle parti e del contesto di mercato nel quale esse si trovano ad operare⁽¹⁰⁶⁾.

Diversa questione che ha interessato la prima versione del terzo comma dell'art. 7, concerne la sussistenza (o meno) di una gerarchia tra i mezzi rimediali di cui il giudice può usufruire per correggere il contratto, cioè se ci sia un ordine preferenziale tra l'applicazione dei termini legali e la riconduzione ad equità del contratto.

Secondo parte della dottrina la risposta sarebbe affermativa; nello specifico il giudice dovrebbe sempre dare priorità all'applicazione dei termini legali e solo ove essa determini iniquità, egli potrebbe procedere alla *reductio ad aequitatem*⁽¹⁰⁷⁾. Tuttavia tale lettura non pare convincente, posto che sarebbe quantomeno bizzarro che una disciplina legislativa potesse determinare risultati iniqui. Secondo altri Autori, l'applicazione dei termini legali avrebbe natura residuale, in quanto il giudice potrebbe statuire una regola diversa da quella legale, anche se quest'ultima consentisse di raggiungere risultati equi⁽¹⁰⁸⁾. Altra parte ancora della dottrina ha sostenuto che il potere correttivo – equitativo del giudice avrebbe uno spazio di manovra estremamente esiguo, poiché i termini previsti dal decreto, relativi al “*quando*” del pagamento e al “*quantum*” degli interessi moratori, sono alquanto restrittivi rispetto alla prassi e dunque favorevoli al creditore: sarebbe arduo affermare che il giudice possa equitativamente deliberare condizioni maggiormente favorevoli.

Pare però ragionevole discostarsi da interpretazioni estreme e, probabilmente, in qualche misura opacizzate da un giudizio preconfezionato nei confronti di un intervento correttivo del giudice sul contratto. La formulazione del terzo comma della prima versione della disposizione in esame era piuttosto limpida e non prevedeva una gerarchia tra i due strumenti rimediali messi a disposizione del giudice,

⁽¹⁰⁶⁾ Il riferimento è al testo di F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 259 ss. Si v. altresì A. PERRONE, *L'accordo gravemente iniquo nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 65 ss.; G. B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.*, 2004, p. 5 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ V. PANDOLFINI, *La nullità degli accordi “gravemente iniqui” nelle transazioni commerciali*, cit., p. 512.

⁽¹⁰⁸⁾ R. CONTI, *Il D.Lgs. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, cit., p. 115; A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 270.

il quale avrebbe potuto discernere, caso per caso, valutata ogni circostanza del contratto e avuta cura particolare dell'interesse del creditore, quello in concreto più idoneo al perseguimento di un regolamento contrattuale equo.

L'art. 7 riformato dal D. Lgs. 192/2012. Peso specifico della novella.

Come già illustrato, la prima versione dell'art. 7 del decreto dedicato alla lotta ai ritardi di pagamento aveva sollevato notevoli perplessità, soprattutto alla luce del vasto potere correttivo-equitativo attribuito al giudice e delle già richiamate discutibili letture che individuavano in tale norma la chiave di volta per affermare l'ingresso ufficiale nel nostro ordinamento della regola generale della giustizia contrattuale, che si sarebbe sovrapposta ai principi del corretto funzionamento del mercato e delle contrattazioni. D'altra parte si consideri che il sistema tedesco, che da sempre esercita una vasta influenza, sia a livello europeo sia a livello di singoli ordinamenti, non aveva recepito un rimedio così invasivo rispetto alle determinazioni delle parti⁽¹⁰⁹⁾.

Parte della dottrina ha giustificato la necessità del *révirement* legislativo ponendo l'accento sull'opportunità di evitare che l'organo giudicante fosse gravato da un compito eccessivamente complesso in relazione alla correzione/integrazione equitativa del contratto, nonché di esorcizzare una sventurata variabilità delle decisioni giudiziali ⁽¹¹⁰⁾. Altri Autori hanno individuato (anche in considerazione dell'enfasi contenuta in alcuni *Considerando* della Direttiva 2011/7/UE)⁽¹¹¹⁾ nella

⁽¹⁰⁹⁾ A. BENEDETTI – M. GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, cit., p. 1092, sostengono che la scelta di revisionare la normativa sia stata dettata anche dall'influenza del diritto tedesco. Sul tema, cfr. altresì V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, in *Contr. impr./Europa*, 2006, p. 349 ss.

⁽¹¹⁰⁾ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 72.

⁽¹¹¹⁾ Ad esempio v. *Considerando* n. 12: "I ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri dai bassi livelli dei tassi degli interessi di mora applicati o dalla loro assenza e/o dalla lentezza delle procedure di recupero. È necessario un passaggio deciso verso una cultura dei pagamenti rapidi, in cui, tra l'altro, l'esclusione del diritto di applicare interessi di mora sia sempre considerata una clausola o prassi contrattuale gravemente iniqua, per invertire tale tendenza e per disincentivare i ritardi di pagamento. Tale passaggio dovrebbe inoltre includere l'introduzione di

novella un intento punitivo – sanzionatorio nei confronti degli abusi della libertà contrattuale in materia di termini di pagamento nelle transazioni commerciali⁽¹¹²⁾.

Ad ogni modo, tenendo presenti le suddette criticità, il legislatore europeo ha modificato la Direttiva 2000/35/CE attraverso l’emanazione della Direttiva 2011/7/UE, recepita nel nostro ordinamento dal D. Lgs. 192/2012, che ha modificato il decreto n. 231/2002⁽¹¹³⁾.

disposizioni specifiche sui periodi di pagamento e sul risarcimento dei creditori per le spese sostenute e prevedere, tra l’altro, che l’esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero sia presunta essere gravemente iniqua” ; si veda altresì *Considerando* n. 28: “La presente direttiva dovrebbe proibire l’abuso della libertà contrattuale a danno del creditore. Di conseguenza, quando una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero non sia giustificata sulla base delle condizioni concesse al debitore, o abbia principalmente l’obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, si può ritenere che si configuri un siffatto abuso. A tale riguardo e conformemente al progetto accademico di quadro comune di riferimento, qualsiasi clausola contrattuale o prassi che si discosti gravemente dalla corretta prassi commerciale e sia in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza dovrebbe essere considerata iniqua per il creditore. In particolare, l’esclusione esplicita del diritto di applicare interessi di mora dovrebbe essere sempre considerata come gravemente iniqua, mentre l’esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero dovrebbe essere presunta tale. La presente direttiva non dovrebbe incidere sulle disposizioni nazionali relative alle modalità di conclusione dei contratti o che disciplinano la validità delle clausole contrattuali inique nei confronti del debitore”.

⁽¹¹²⁾ Ne dà conto G. D’AMICO, *ult. op. cit.*, p. 73 ss., il quale rileva che “a) anzitutto, quest’effetto punitivo/sanzionatorio non si verifica sempre (e, in particolare, che esso non sussiste allorché il contenuto della regolamentazione legale non si discosti – o, non si discosti significativamente – dai valori di mercato, e non vi sono altri ‘motivi oggettivi’ che giustificano la deroga ad essa); b) nelle restanti ipotesi (ossia nelle ipotesi in cui l’applicazione del diritto dispositivo possa risultare, invece, punitiva per il debitore), l’effetto sanzionatorio può anche ritenersi giustificato, posto che tali ipotesi saranno verisimilmente caratterizzate dall’assenza di ‘motivi oggettivi’ per derogare la diritto dispositivo e/o comunque dalla ‘gravità’ dello scostamento dalla prassi commerciale (che – non si dimentichi– deve altresì risultare realizzato ‘in contrasto con il principio di buona fede e correttezza’)”.

⁽¹¹³⁾ Si segnala, da ultimo, un ulteriore intervento di revisione del decreto 231/2002 avvenuta mediante l’introduzione dell’art. 7-bis ad opera dell’art. 24, comma 2, L. 30 ottobre 2014, n. 161: “1. Le prassi relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, quando risultano gravemente inique per il creditore, danno diritto al risarcimento del danno.

2. Il giudice accerta che una prassi è gravemente iniqua tenuto conto di quanto previsto dall’articolo 7, comma 2.

3. Si considera gravemente iniqua la prassi che esclude l’applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria.

4. Si presume che sia gravemente iniqua la prassi che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all’articolo 6”.

La versione riformata dell'art. 7⁽¹¹⁴⁾, in applicazione di quanto disposto dalla normativa europea, prevede ancora che sia nulla la clausola gravemente iniqua circa i termini di pagamento ovvero al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero; tuttavia è stato espunto ogni riferimento alla possibilità per il giudice di ricondurre ad equità la clausola nulla⁽¹¹⁵⁾ per lasciare spazio al richiamo dell'applicazione degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., con la conseguente sostituzione con i termini legali, derogati in modo eccessivamente pregiudizievole nei confronti del creditore.

Ad ogni buon conto, la nuova formulazione della norma evidenzia dei profili di dubbia correttezza giuridica: infatti le due disposizioni codicistiche richiamate si riferiscono, come noto, all'istituto dell'inserzione automatica di norme imperative, qualità che non rivestono le norme concernenti i termini di pagamento, che sono pacificamente dispositive⁽¹¹⁶⁾⁽¹¹⁷⁾. Certamente non si può ritenere che esse possano

⁽¹¹⁴⁾ Art. 7 vigente: “1. Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile.

2. Il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero.

3. Si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria.

4. Si presume che sia gravemente iniqua la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all'articolo 6.

5. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione è nulla la clausola avente ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura. La nullità è dichiarata d'ufficio dal giudice”.

⁽¹¹⁵⁾ Tramonta così “una delle più rilevanti e incisive forme di intervento equitativo giudiziale”, come affermato da V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il d. lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013, p. 158.

⁽¹¹⁶⁾ A. BENEDETTI - M. GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, cit., p. 1093 s. fanno riferimento a norme aventi “malcelata forza cogente”, che si manifesterebbe qualora la loro disapplicazione sia dichiarata abusiva; si veda altresì M. C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 71, la quale ritiene che pur non essendo, quelle del caso di specie, norme imperative, sia “l'intera disciplina che lo diventa nel momento in cui l'esercizio abusivo del potere contrattuale della parte forte piega la clausola a raggiungere l'effetto vietato”.

⁽¹¹⁷⁾ Eccezione fatta per le norme, imperative, che disciplinano la fattispecie in cui la P.A. rivesta la qualifica di debitore.

avere una natura cangiante e trasformarsi in norme imperative a seguito di una deroga “abusiva” realizzata dagli accordi delle parti⁽¹¹⁸⁾. L’ultima parte del vigente primo comma dell’art.7 risulta quindi pressoché inapplicabile.

Se uno degli obiettivi della riforma, a livello europeo prima e nazionale di conseguenza, pare quello di cancellare la possibilità, per il giudice, di operare una *reductio ad aequitatem*⁽¹¹⁹⁾, il rimedio superstite dovrebbe essere rappresentato dall’applicazione delle norme dispositive che disciplinano i termini abusivamente derogati nella clausola dichiarata nulla, come d’altronde era previsto nella originaria versione della norma. L’assenza, nel testo normativo, di codesto riferimento non sembra rappresentare un ostacolo perché possa trovare applicazione, nei casi in esame, l’art. 1374 c.c., nella parte in cui menziona la legge quale fonte di integrazione contrattuale. Tale ultima norma andrebbe intesa nel senso evolutivo sopra illustrato, ovvero quale disposizione idonea a colmare non solo le lacune originarie del regolamento negoziale, ma anche quelle sopravvenute, quale esito della dichiarazione di nullità di clausole inique⁽¹²⁰⁾.

La revisione del testo dell’art. 7 non sembra neppure rappresentare un ostacolo preclusivo rispetto all’applicazione dell’equità richiamata dall’art. 1374 c.c., qualora mancasse una specifica disposizione normativa; l’integrazione equitativa, peraltro, è già stata applicata dalla Corte di Cassazione, seppure in diversi ambiti, in fattispecie

⁽¹¹⁸⁾ G. D’AMICO, *L’integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 79; S. PAGLIANTINI, *Profili sull’integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo*, cit., p. 73 s., il quale sottolinea che la natura di una norma giuridica, se dispositiva o cogente, deve essere stabilita a priori.

⁽¹¹⁹⁾ S. PAGLIANTINI, *Profili sull’integrazione del contratto abusivo*, cit., p. 97, in modo ben argomentato ritiene che l’art. 7, nella nuova versione, vada inteso, “nonostante il suo tenore letterale, come una disposizione che continua ad annoverare un sindacato giudiziale pencolante tra un’applicazione dei termini legali ed una riconduzione ad equità dell’accordo nullo in quanto gravemente iniquo”.

⁽¹²⁰⁾ C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell’equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2972; G. D’AMICO, *L’integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 80, sostiene che “proprio perché ricostruibile in via interpretativa, un tale risultato (integrazione a mezzo del diritto dispositivo) non richiede(va) alcuna espressa previsione da parte del legislatore. Il che (...) consente di ritenere che l’ ‘improprietà’ del richiamo operato dall’art. 7 (nuovo testo) del d. lgs. 231/2002 agli artt. 1339 e 1419 cpv c.c. non lascia comunque privo di risposta il problema della integrazione dei contratti di cui risultino caducate clausole che abbiano ‘abusivamente’ derogato alla regolamentazione legale in materia di termini di pagamento e di conseguenze del ritardo”.

nelle quali, dichiarata la nullità di una clausola, non fosse possibile procedere all'integrazione della lacuna così sopravvenuta ai sensi dell'art. 1339 c.c.⁽¹²¹⁾

3.9.- L'esigua applicazione giurisprudenziale del D. Lgs. 231/2002. Gli accordi iniqui delle Pubbliche Amministrazioni derogano "abusivamente" le norme (derogabili).

L'esperienza maturata negli anni successivi al recepimento della direttiva 2000/35/CE (e, in seguito, 2011/7/UE) ha evidenziato che le disposizioni ivi contenute non sono state sufficienti per il raggiungimento degli obiettivi sopra ricordati: i comportamenti patologici nel pagamento delle transazioni commerciali restano diffusi nella prassi, soprattutto da parte delle pubbliche amministrazioni.

Riguardo all'applicazione delle norme di cui al D. Lgs. 231/02, si osserva come negli ultimi anni la giurisprudenza amministrativa abbia avuto occasione di pronunciarsi su fattispecie in cui un ente pubblico aveva incluso nel bando di gara clausole sui termini di pagamento e sulla misura degli interessi moratori in deroga ai termini legali previsti dagli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n. 231/2002⁽¹²²⁾.

⁽¹²¹⁾ Cass., 22 aprile 2013, n. 9735, in www.dejure.giuffre.it. La sentenza è stata commentata da S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, in G. D'Amico – S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., p. 183 ss.; oggetto della pronuncia della Suprema Corte era un contratto di affitto di un fondo rustico per il quale era stato convenuto un canone da corrisondersi in natura e, quindi, nullo ex art. 1, L. 71/2011. Poiché non si poteva procedere alla sostituzione automatica con l'equo canone, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 9 della L. 203/1982, la Cassazione ammette un'integrazione giudiziale equitativa, ai sensi dell'art. 1374 c.c.. Secondo i giudici, inoltre, la determinazione *ope iudicis* del corrispettivo è condizione necessaria al fine di poter ritenere inadempiente il conduttore: "ove in un contratto agrario sia pattuito esclusivamente un corrispettivo in natura, nullo per espressa previsione di legge, il conduttore non può ritenersi ipso facto in mora per il mancato adempimento di una prestazione normativamente vietata, mentre più non opera, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale della L. 3 maggio 1982, n. 203, art. 9, di cui a Corte cost. n. 318/02, l'inserzione automatica di clausole in materia di misura del canone: sicché, fino alla determinazione giudiziale del canone non può configurarsi un inadempimento del conduttore in ordine al corrispettivo, essendo inesigibili le relative prestazioni".

⁽¹²²⁾ Art. 4, come modificato dall'art. 24, comma 3, L. 161/2014: "1. Gli interessi moratori decorrono, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento.

Fermo restando che tali termini, come previsto dalla normativa, sono derogabili soltanto attraverso un accordo (scritto) tra le parti, il Consiglio di Stato ha osservato come non sia possibile ritenere perfezionati patti derogatori attraverso la mera

2. Salvo quanto previsto dai commi 3, 4 e 5, il periodo di pagamento non può superare i seguenti termini:

- a) trenta giorni dalla data di ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente. Non hanno effetto sulla decorrenza del termine le richieste di integrazione o modifica formali della fattura o di altra richiesta equivalente di pagamento;
- b) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;
- c) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;
- d) trenta giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.

3. Nelle transazioni commerciali tra imprese le parti possono pattuire un termine per il pagamento superiore rispetto a quello previsto dal comma 2. Termini superiori a sessanta giorni, purché non siano gravemente iniqui per il creditore ai sensi dell'articolo 7, devono essere pattuiti espressamente. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto.

4. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione le parti possono pattuire, purché in modo espresso, un termine per il pagamento superiore a quello previsto dal comma 2, quando ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. In ogni caso i termini di cui al comma 2 non possono essere superiori a sessanta giorni. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto.

5. I termini di cui al comma 2 sono raddoppiati:

- a) per le imprese pubbliche che sono tenute al rispetto dei requisiti di trasparenza di cui al decreto legislativo 11 novembre 2003, n. 333;
- b) per gli enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e che siano stati debitamente riconosciuti a tale fine.

6. Quando è prevista una procedura diretta ad accertare la conformità della merce o dei servizi al contratto essa non può avere una durata superiore a trenta giorni dalla data della consegna della merce o della prestazione del servizio, salvo che sia diversamente ed espressamente concordato dalle parti e previsto nella documentazione di gara e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'articolo 7. L'accordo deve essere provato per iscritto.

7. Resta ferma la facoltà delle parti di concordare termini di pagamento a rate. In tali casi, qualora una delle rate non sia pagata alla data concordata, gli interessi e il risarcimento previsti dal presente decreto sono calcolati esclusivamente sulla base degli importi scaduti”.

Art. 5, come modificato dal D. Lgs. 192/2012: “1. Gli interessi moratori sono determinati nella misura degli interessi legali di mora. Nelle transazioni commerciali tra imprese è consentito alle parti di concordare un tasso di interesse diverso, nei limiti previsti dall'articolo 7.

2. Il tasso di riferimento è così determinato:

- a) per il primo semestre dell'anno cui si riferisce il ritardo, è quello in vigore il 1° gennaio di quell'anno;
- b) per il secondo semestre dell'anno cui si riferisce il ritardo, è quello in vigore il 1° luglio di quell'anno.

3. Il Ministero dell'economia e delle finanze da' notizia del tasso di riferimento, curandone la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana nel quinto giorno lavorativo di ciascun semestre solare”.

sottoscrizione “per accettazione” di una clausola di un capitolato “imposta” alle imprese interessate quale specifico requisito di partecipazione. Infatti, eventuali modalità di pagamento aggravate per il creditore (rispetto a quelle previste dal decreto) devono rappresentare necessariamente l’esito di una libera negoziazione tra le parti e non possono essere predisposte unilateralmente dalla Pubblica amministrazione nel bando di gara, attraverso l’inserimento (abusivo) di disposizioni a sé vantaggiose ed evidentemente sfavorevoli per il creditore⁽¹²³⁾.

Vale la pena di esaminare la pronuncia n. 469 del 2 febbraio 2010, nella quale il Consiglio di Stato enuncia i motivi per cui le clausole inserite unilateralmente dalle pubbliche amministrazioni possono essere ritenute inique. Nel caso di specie, alcune associazioni di categoria avevano proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio contro il Ministero della Giustizia, chiedendo l’annullamento di un bando di gara, degli schemi di contratto allegati e dei capitolati tecnici. Le associazioni ricorrenti avevano lamentato la violazione delle disposizioni del decreto legislativo n. 231/2002 relative al termine di pagamento, alla decorrenza e alla misura degli interessi moratori. In particolare, esse contestavano le clausole che prevedevano: il pagamento del corrispettivo a 60 giorni dal ricevimento della fattura, invece che a 30 giorni come previsto dall’articolo 4 del D. Lgs. n. 231/2002; la decorrenza degli interessi moratori dal centottantesimo giorno invece che dal trentesimo giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento come previsto dall’articolo 4; il saggio di interesse dell’1 per cento invece dell’8 per cento disposto dall’articolo 5 del medesimo decreto. Il Tar Lazio ha accolto il ricorso.

Il Ministero della giustizia proponeva dunque appello al Consiglio di Stato contro la sentenza di primo grado, adducendo tre ordini di motivi: in via preliminare, la mancanza di legittimazione delle associazioni di categoria che hanno proposto il ricorso; in secondo luogo, l’impossibilità da parte delle associazioni ricorrenti di impugnare le clausole in quanto non sono preclusive della partecipazione alla gara; in terzo luogo, la derogabilità per contratto del termine per il pagamento del

⁽¹²³⁾ La prime (e fino ad oggi rare) pronunce applicative del D.lgs. 231/2002 sono prevalentemente amministrative: Cons. Stato, 28 settembre 2007, n. 4996, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2007, 2494; Cons. Stato, 11 gennaio 2006, n. 43, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, p. 530 ss.; Cons. Stato, 12 aprile 2005, n. 1638, in *Danno e resp.*, 2005, p. 893 ss.; Cons. Stato, 29 luglio 2003, n. 3285, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2003, p. 1004 ss.

corrispettivo e delle conseguenze del ritardato pagamento ai sensi del decreto legislativo n. 231/2002. Il Consiglio di Stato, sottolineata l'applicabilità della disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 231/2002 nei confronti della pubblica amministrazione, che costituisce "imprenditore forte ai sensi e per i fini del medesimo decreto", rigettava l'appello, confermando la sentenza impugnata. In particolare il giudice amministrativo di secondo grado affermava l'iniquità e, perciò, la nullità delle clausole contestate⁽¹²⁴⁾, formulate in deroga unilaterale e abusiva delle disposizioni contenute negli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n. 231/2002, al fine di confezionare un regolamento contrattuale normativamente sbilanciato a favore dell'ente pubblico.

Viene così ribadito l'orientamento già delineato in precedenza dalla stessa giurisprudenza amministrativa. Nella sostanza, le stazioni appaltanti non possono inserire autoritativamente nei bandi di gara clausole che prevedono il pagamento entro un termine superiore a quello fissato dall'articolo 4 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 o una misura degli interessi difforme da quella *ex art.* 5 dello stesso decreto, se non a seguito di apposita trattativa sul punto e conseguente libera accettazione da parte di tutte le parti interessate. In particolare, l'Amministrazione pubblica non ha il potere di stabilire in modo unilaterale le conseguenze del proprio inadempimento contrattuale, come gli interessi moratori o le conseguenze del ritardato pagamento, né può subordinare la possibilità di partecipare alle gare all'accettazione di clausole con

⁽¹²⁴⁾ Cons. Stato, 2 febbraio 2010, n. 469: "Le clausole contestate e ritenute nulle perché inique dal primo giudice riguardano: il pagamento del corrispettivo a 60 giorni dal ricevimento della fattura, anziché ai 30 giorni, previsti dall'art. 4 del D.Lgs. 231 del 2002; la decorrenza degli interessi moratori dal 180° giorno anziché dal 30° giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, previsto dall'articolo 4; il saggio di interesse dell'1% anziché dell'8% (1% tasso BCE, più 7 punti di maggiorazione) previsto dall'art. 5.

Le clausole suddette si pongono in diretta violazione degli articoli 4 e 5 del D.Lgs. 231 del 2002, la cui deroga non è ammessa dalla legge né nella presentazione della offerta può rinvenirsi il diverso accordo contrattato dalle parti solo a seguito di apposita contrattazione e trattativa sul punto, che evoca un concetto di contatto di tipo para-rapportuale (o precontrattuale) che non può rinvenirsi certo nel binomio "bando - presentazione dell'offerta", che già integra (quantomeno in parte) la conclusione del contratto.

Inoltre, tali clausole si pongono in modo indubbio nel senso di introdurre un ingiustificato vantaggio per la amministrazione predisponente, concretandosi nella aperta violazione della disciplina di riequilibrio delle diverse posizioni di forza, la cui tutela la direttiva comunitaria è proprio diretta a rafforzare".

questi contenuti “se non a costo di ricadere sotto le sanzioni di invalidità per iniquità, vessatorietà, mancanza di specifica approvazione a seguito di trattative”.

Secondo i giudici amministrativi, dunque, le clausole contrattuali che prevedono regole inique sono nulle e, di conseguenza, vengono sostituite dall'applicazione dei termini legali (prima opzione prevista dall'art. 7, versione originaria, alternativa alla *reductio ad aequitatem*).

Si segnala infine che nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ha qualificato, impropriamente, come imperative le norme di cui agli artt. 4 e 5 del D. Lgs. 231/2002, di fatto anticipando la scelta del legislatore del 2012: infatti nella parte finale della motivazione il giudice amministrativo d'appello richiama l'applicazione degli artt. 1339 e 1419 c.c., statuendo la sostituzione automatica delle clausole nulle con quelle legali (“imperative”)⁽¹²⁵⁾.

3.10.- L'art. 9 della L. 192/1998. Divieto di abuso di dipendenza economica.

Alla luce delle considerazioni fin qui effettuate, pare opportuno verificare se, nel nostro ordinamento, sussistano disposizioni normative che, se interpretate in modo estensivo, possano mettere in luce altre ipotesi in cui si rinvenga un potere correttivo del giudice, finalizzato a ricondurre il regolamento contrattuale ad equità.

⁽¹²⁵⁾ Così il Consiglio di Stato a conclusione della sentenza in commento: “Le norme imperative hanno pertanto un valore anche sostitutivo (artt. 1339 e 1419 c.c.) di quanto previsto in violazione di esse.

Conseguentemente: 1) è invalida ogni clausola contrattuale che preveda regole diverse e inique rispetto alle regole imperative, che automaticamente si sostituiscono a quelle invalide; 2) sarebbe illegittima ogni esclusione basata sulla non-accettazione o sull'espresso dissenso, da parte di una partecipante, di una clausola contrattuale iniqua; 3) in sede di esecuzione contrattuale, le clausole invalide si porrebbero nel nulla a richiesta di parte o di ufficio (ai sensi del terzo comma dell'art. 7 il giudice dichiara anche di ufficio la nullità e applica i termini di legge o riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo: si tratta di una cosiddetta nullità speciale di derivazione comunitaria); 4) infine, e ciò rileva nel caso di specie, in caso di azione inibitoria intentata da associazioni di categoria a tutela di interessi collettivi le clausole da ritenersi inique sono poste nel nulla e quindi non applicabili, anche se comunque mantiene la sua funzione l'ordine inibitorio, a causa dell'effetto dissuasivo che tali clausole inique, per quanto insuscettibili di produrre effetti, potrebbero avere sulla volontà a partecipare delle imprese medie e piccole.

Lo scopo del particolare strumento di tutela individuato dalla legge è quello di impedire l'inserimento di tali clausole, prima ancora della loro applicazione o invalidazione”.

Meritevole di attenzione è la legge n. 192 del 1998, con la quale il legislatore ha approntato una disciplina speciale indirizzata a regolare i rapporti contrattuali tra imprese giuridicamente autonome ma economicamente collegate, nel settore industriale⁽¹²⁶⁾. La legge definisce la subfornitura il contratto con cui “un imprenditore si impegna a effettuare per conto di un’impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all’impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell’ambito dell’attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente”⁽¹²⁷⁾: l’impresa subfornitrice emerge quindi come soggetto alle dipendenze delle esigenze tecnico-produttive della committente.

L’intervento del legislatore trova la sua *ratio* nel fatto che la subfornitura ha come protagonisti, di norma, grandi imprese che affidano ad altre di minori dimensioni una serie di lavorazioni dei prodotti, con la conseguenza rappresentata dalla creazione di stretti legami di dipendenza economica dell’impresa subfornitrice verso quella committente, che potrebbero anche tradursi in scorrettezze e abusi che colpiscono la fase della formazione dell’accordo e quella dell’esecuzione. Emerge, con riferimento all’impresa subfornitrice, una posizione di debolezza contrattuale nei confronti dell’impresa committente e una difficoltà, da parte della prima, di negoziare condizioni equilibrate e di dare attuazione ai propri diritti contrattuali, come il soddisfacimento tempestivo delle ragioni creditorie.

Va sottolineato che il nostro sistema giuridico è sempre stato recalcitrante verso l’apertura a una disciplina di portata generale finalizzata a regolare il rapporto tra prestazioni contenute in contratti conclusi tra imprenditori dotati di differente potere contrattuale. Una plausibile spiegazione di questa scelta potrebbe risiedere nella presunzione che nella contrattazione tra imprenditori, a differenza di ciò che accade nei contratti *B2C*, non si verifichi il fenomeno per cui un contraente inesperto, incapace di valutare la bontà di un affare e poco informato, sottoscrive accordi

⁽¹²⁶⁾ F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 125.

⁽¹²⁷⁾ Così l’art. 1, c. 1, L. 192/1998

predisposti dalla controparte, senza perciò manifestare un consenso consapevole. È però facilmente riscontrabile che possano verificarsi, anche nei rapporti tra imprenditori, sopraffazioni, effettuate mediante abuso della forza contrattuale di un contraente a danno di un altro, costretto a stipulare contratti manifestamente iniqui; in tali casi emerge con chiarezza non tanto la mancanza di consenso informato dell'imprenditore più debole (si tratta pur sempre di un operatore professionale, il quale dovrebbe essere abile nel valutare il rapporto rischi/costi dell'operazione) né l'assenza di una trattativa, quanto piuttosto l'impossibilità di compiere scelte convenienti e alternative, trovando sul mercato il bene o il servizio oggetto della prestazione negoziale a condizioni maggiormente eque. Questa carenza di alternative è riconducibile a un difetto del corretto andamento del mercato e, in particolar modo, della sua struttura concorrenziale.

Ai fini del presente studio assume rilevanza centrale l'art. 9 della legge sulla subfornitura, che prescrive la nullità del patto con cui si pone in essere "l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice"⁽¹²⁸⁾.

La dipendenza economica, prosegue la norma, si realizza qualora sussista una "situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti o di obblighi" e viene ricercata "tenendo conto anche della reale possibilità, per la parte che abbia subito l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti".

Occorre evidenziare che parte della giurisprudenza si è espressa nel senso dell'applicabilità dell'art. 9 al solo rapporto di subfornitura⁽¹²⁹⁾; l'orientamento maggioritario, tuttavia, in modo condivisibile tende ad affermare che l'ambito di

⁽¹²⁸⁾ In dottrina, sul tema dell'abuso di dipendenza economica, si segnalano R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo - A. M. Benedetti, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, p. 377 ss.; ID., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 619 ss; M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003 ; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1197 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industrial e, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639 ss.

⁽¹²⁹⁾ Trib. Taranto, ord. 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 262 ss.; Trib. Bari, ord. 2 luglio 2002, in *Foro it.*, I, c. 3209.

applicazione della disposizione *de qua* non dovesse essere così limitato, comprendendo, piuttosto, tutti quei rapporti di collaborazione commerciale che si instaurano tra imprese, in particolare nel processo di produzione o di distribuzione, tali da determinare fenomeni di integrazione verticale tra di esse⁽¹³⁰⁾.

In definitiva si può affermare che la norma di cui all'art. 9, seppur posta nel cuore della legge che disciplina la subfornitura industriale, ha un ambito di applicazione ben più vasto⁽¹³¹⁾, esteso anche alle piccole e medie imprese, a prescindere dalla dimostrazione della sussistenza di un rapporto di dipendenza economica⁽¹³²⁾.

La disciplina di cui all'art. 9 della l. 192/98 è innovativa dal punto di vista delle soluzioni adottate, distanziandosi sia dalla legge delle clausole vessatorie che da quella antitrust. Rispetto alla prima, si differenzia per il fatto di essere destinata ai casi in cui il contratto non è equo poiché non si possono reperire valide alternative sul mercato; altra diversità da sottolineare è che il d.lgs. 206/2005 contempla il sindacato del giudice circa l'equilibrio della clausola esclusivamente in relazione al profilo normativo (diritti ed obblighi scaturenti dal contratto), mentre la formulazione dell'art. 9 (l'abuso consiste "nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose") appare talmente ampia da ricomprendere anche lo squilibrio economico. Il giudice è chiamato ad effettuare una delicata valutazione per accertare lo squilibrio economico rilevante *ex art. 9*, poiché parametro di riferimento dovrà essere il prezzo che si sarebbe praticato in assenza della dipendenza economica, vale a dire in una situazione di mercato caratterizzata dal regolare

⁽¹³⁰⁾ Trib. Napoli, ord. 14 gennaio 2011, in *Foro it.*, 2011, c. 923; Trib. Torre Annunziata, ord. 30 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 11, c. 2900; Trib. Bari, ord. 22 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1603 ss.; Trib. Catania, ord. 5 gennaio 2004, in *Arch. civ.*, 2004, p. 339; Trib. Taranto, ord. 17 settembre 2003, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 659 ss.

⁽¹³¹⁾ V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, p. 60, definisce la disposizione "eccentrica" rispetto all'insieme della materia disciplinata dalla l. 192/98.

⁽¹³²⁾ Così dispone l'art. 10, comma 2, L. n. 180/2011: "Al comma 3-*bis* dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, è aggiunto, in fine, 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».

funzionamento del meccanismo concorrenziale, così da poter operare soddisfacenti scelte alternative.

L'originalità della normativa sull'abuso di dipendenza economica emerge soprattutto se confrontata con la più vicina disciplina dedicata all'abuso di posizione dominante (art. 3, L. 287/1990), i cui aspetti di diversità sono innanzitutto posti in luce dal fatto che l'art. 9 della L. 192/98 non richiede che l'autore dell'abuso ricopra una posizione dominante sul mercato (da intendere come controllo di una quota rilevante di quest'ultimo), ma è sufficiente una "dominanza relativa" tra le due imprese contraenti, basata sui loro specifici rapporti commerciali⁽¹³³⁾.

Non è improbabile, ed anzi è ipotesi disciplinata dal comma 3-*bis* dell'art. 9 l. 192/98, che un'impresa che riveste una posizione dominante sul mercato commetta un abuso della dipendenza economica del suo fornitore, realizzando ambedue gli illeciti previsti dalle succitate normative, come può anche darsi il caso in cui l'abuso sia commesso da chi non riveste tale posizione, non essendo idoneo ad arrecare alcun turbamento alla concorrenzialità del mercato⁽¹³⁴⁾. La diversità delle fattispecie disciplinate, tuttavia, non impedisce di considerare le due normative quali espressione di uno stesso principio, cioè il divieto di abuso della propria forza imprenditoriale per imporre un regolamento contrattuale non equo alla controparte, che si troverebbe costretta ad accettarlo a causa dell'assenza di valide alternative.

Pare ragionevole precisare a questo punto che la somiglianza del dato letterale delle due discipline non è affatto casuale: originariamente l'art. 9 era destinato ad essere collocato nella legge Antitrust, andando quindi ad affiancarsi alla tradizionale figura dell'abuso di posizione dominante.

Una scelta siffatta avrebbe determinato un'espansione ragguardevole delle competenze dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e fu scartata proprio a seguito di un parere negativo della medesima Autorità, fondato sulla considerazione per cui l'art. 9 "costituisce una regola specifica inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti, con finalità che possono prescindere dall'impatto

⁽¹³³⁾ R. CASO - R. PARDOLESI, *La nuova disciplina della subfornitura (industriale), Scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 732.

⁽¹³⁴⁾ Così A. FRIGNANI, *La subfornitura internazionale. Profili di diritto della concorrenza*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, p. 683 ss.

di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali (...) affonda invece le radici nella tematica dell'equilibrio contrattuale”: si sottolineava pertanto la diversità ontologica tra l'abuso di posizione economica e quello di posizione dominante⁽¹³⁵⁾.

Il legislatore ha accolto il parere dell'AGCM e collocato, incongruamente, il divieto di abuso di dipendenza economica nella legge sulla subfornitura⁽¹³⁶⁾; in seguito, nel 2001, con una parziale marcia indietro, è stato aggiunto all'art. 9 il comma 3-*bis*⁽¹³⁷⁾, che prevede la competenza dell'Autorità Garante in materia di abuso di dipendenza economica, in concorso con quella del giudice ordinario, nell'ipotesi in cui tale abuso “abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato”. In un caso del genere, dunque, il medesimo comportamento abusivo potrà essere giudicato dal Tribunale, competente ai fini dell'azione di nullità, del risarcimento danni e delle azioni cautelari, ma anche dall'AGCM, che potrà procedere alle diffide e alla comminazione di sanzioni amministrative *ex art.* 15 della legge Antitrust⁽¹³⁸⁾.

La scelta legislativa di non inserire il divieto di abuso di dipendenza economica nella legge 287/90 può essere giustificata, poiché l'assenza di una posizione di dominio sul mercato (in senso assoluto) dovrebbe evitare che la condotta abusiva produca rilevanti effetti di alterazione della concorrenza; occorre valutare se tale scelta comporti l'abbandono di ogni legame dell'art. 9 con il tema della tutela del mercato.

⁽¹³⁵⁾ Segnalazione AGCM 11 febbraio 1998, AS121 in *Bollettino*, n. 5/1998.

⁽¹³⁶⁾ Negli ordinamenti degli altri Stati membri dell'Unione Europea non esiste una specifica normativa sulla subfornitura. I rapporti di tale natura sono ricondotti alla normativa in tema di compravendita o di contratto d'opera. In Francia, per esempio, occorre riferirsi alle norme contenute nel nuovo codice del commercio, e in particolare alle norme del libro IV, rubricato “Della libertà dei prezzi e della concorrenza”, che vengono applicate ad ogni attività di produzione, di distribuzione e di servizi, ivi compresi quelli posti in essere da soggetti pubblici.

⁽¹³⁷⁾ Il comma è stato aggiunto dall'articolo 11, comma 2, della Legge 5 marzo 2001, n. 57 e successivamente modificato dall'articolo 10, comma 2 della Legge 11 novembre 2011, n. 180.

⁽¹³⁸⁾ A proposito del concorso cumulativo di competenza del giudice ordinario e Autorità garante delle concorrenza e del mercato in materia di abuso di dipendenza economica, v. C. BERTI – B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003, p. 194 ss.

3.11.- La nullità ex art. 9 c. 3 e il possibile ruolo dell'integrazione equitativa del giudice nell'opera di riequilibrio dei rapporti contrattuali tra imprese.

L'art. 9 c. 3 della l. 192/1998 si limita ad affermare che "il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni".

Una parte minoritaria della dottrina sostiene che la nullità di cui all'art. 9 sia assoluta, prevista a tutela dell'interesse del buon funzionamento del mercato; rispetto a quest'ultimo la tutela del subfornitore/contraente debole si presenta subordinata e strumentale; la nullità sarebbe pertanto rilevabile d'ufficio e la legittimazione attiva assoluta, in quanto è in gioco un'esigenza di ordine pubblico economico⁽¹³⁹⁾.

La parte prevalente della dottrina ritiene invece, in maniera condivisibile, che si tratti di una nullità di protezione: essa sarebbe pertanto caratterizzata dalla legittimazione attiva circoscritta alla vittima dell'abuso di dipendenza economica (ed eventualmente al giudice d'ufficio) e dalla necessaria parzialità, tenendo presente comunque che l'applicazione pedissequa dell'art. 1419 c.c. è da escludere, in quanto potrebbe danneggiare proprio il soggetto protetto, spesso interessato all'esecuzione del contratto qualora non trovi sul mercato valide alternative⁽¹⁴⁰⁾. Si osserva che, pur condividendo la qualificazione della nullità di cui all'art. 9, c. 3, come protettiva, non si possa non considerare che la normativa in esame offra tutela anche all'interesse generale del buon andamento e dell'efficienza del mercato concorrenziale. Infatti le imprese sono le protagoniste e il cuore pulsante della vita economica di un Paese e il loro eventuale dissesto, causato da condotte scorrette da parte di imprese

⁽¹³⁹⁾ L. PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *Contratti*, 1999, p. 297; D. MAFFEIS, *I diritti di privativa industriale e intellettuale*, in *La subfornitura*, a cura di G. De Nova, Milano, 1998, p. 83 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., p. 327 s.; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1181; cfr. altresì C. BERTI – B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abusi di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999.

concorrenti, avrebbe pesanti ripercussioni sull'economia generale e sull'occupazione. L'imprenditore che commette abuso di dipendenza economica incide sulle logiche del mercato, perché alimenta prassi che, pur non guastando direttamente il giuoco della concorrenza, finiscono, a lungo andare, per compromettere la razionalità del mercato stesso.

A questo punto dell'indagine occorre stabilire in quale modo il severo rimedio della nullità possa attuare la protezione dell'interesse, *rectius*, degli interessi protetti dalla disposizione *de qua* e quali sfumature possa assumere l'integrazione del contratto al fine di colmare le lacune sopraggiunte a seguito della declaratoria di invalidità di una o più clausole. In particolare, qualora la nullità sia causata da uno squilibrio economico e non sia possibile procedere alla sostituzione automatica con norme imperative (perché non sussistenti)⁽¹⁴¹⁾, l'intero contratto sarebbe travolto, con evidente pregiudizio per il contraente prevaricato che non sia in grado di trovare alternative altrettanto vantaggiose sul mercato. Nulla osta, nel caso in esame, al ricorso all'integrazione giudiziale secondo equità, ai sensi dell'art. 1374 c.c. (letto nella già richiamata ottica evolutiva). Tale rimedio correttivo attribuisce al giudice una valutazione estremamente delicata, la quale comporta un inevitabile margine di discrezionalità⁽¹⁴²⁾. Questo potere equitativo – correttivo è ben diverso dal comune potere integrativo, limitato alla quantificazione di un valore economico con riferimento ad un prezzo di mercato, come nelle ipotesi regolate dal codice civile; il giudice non interviene per colmare una lacuna contrattuale, ma per sostituire una

⁽¹⁴¹⁾ C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 473, evidenzia come non sia possibile applicare gli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., in mancanza di un prezzo fissato da norme imperative; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illecito antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 247; ritiene invece che siano applicabili le richiamate norme codicistiche al fine di sostituire la clausola contrattuale che fissi prezzi iniqui M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 179. Per una panoramica sul tema v. C. M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 174 ss.

⁽¹⁴²⁾ Il delicato tema del contemperamento tra istanze di certezza del diritto e riconoscimento di un potere creativo – equitativo in capo alla giurisprudenza è rinvenibile in particolare in G. GIACOBBE, *Note preliminari per uno studio sulla funzione della giurisprudenza nel diritto privato: il giudice nell'ordinamento costituzionale dello Stato*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 410.

determinazione del regolamento contrattuale manifestamente squilibrata con una diversa regola proporzionata e allineata ai valori di mercato⁽¹⁴³⁾(¹⁴⁴).

Ad oggi si può affermare che la legge 18 giugno 1998 n. 192 non abbia suscitato grande interesse tra i suoi destinatari, cioè gli imprenditori: parrebbe che la maggior parte di essi (e dei loro consulenti legali) abbia deciso, più o meno consciamente, in base al grado di conoscenza del provvedimento, della sua portata e del suo contenuto, di perseverare con le precedenti pratiche e con gli usi invalsi da tempo. Ciò potrebbe essere parzialmente spiegato, dal punto di vista dei subfornitori, con la volontà di non creare dissidi con il committente e, quindi, con il desiderio di evitare rischi di interruzione dei rapporti economici, molto spesso insostituibili e necessari ai fini della sopravvivenza dell'impresa stessa.

Il numero alquanto esiguo di sentenze emanate dalle corti di merito in applicazione della legge sulle subforniture industriali sembra, verosimilmente, sintomatico di una sostanziale disapplicazione della normativa⁽¹⁴⁵⁾. Un'indagine ha evidenziato come più dell'80% delle imprese rientranti nell'ambito di applicazione

⁽¹⁴³⁾ Richiama espressamente l'applicabilità, nei casi in esame, dell'art. 1374 c.c., in quanto implicitamente prevista dall'art. 9 della legge sulla subfornitura, A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1194; si veda altresì S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, cit., p. 82 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, vol. I, a cura di G. Gitti – M. Maugeri – M. Notari, Bologna, 2012, p. 65.

⁽¹⁴⁴⁾ Rilevante è altresì l'art. 3, comma 3 della Legge n. 129/2004 (Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale) che prevede che “qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni. È fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempimento di una delle parti”. Si ritiene ammissibile la rideterminazione giudiziale, ex art. 1374 c.c., del termine convenzionale di durata del contratto di *franchising* stipulato a tempo determinato, nelle ipotesi in cui quello pattuito non sia sufficientemente idoneo, nel caso concreto, a garantire l'ammortamento dell'investimento effettuato dal *franchisee* oppure non risulti adeguato a rendere l'operazione economica utile ad entrambe le parti. Sul punto G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, p. 761 ss., il quale sostiene che si possa ricorrere all'integrazione *ope iudicis* anche nelle fattispecie in cui il termine sia superiore a quello triennale previsto dalla legge ma risulti, ciò nonostante, insufficiente al recupero dei capitali investiti.

⁽¹⁴⁵⁾ Tra le più significative si segnalano alcune pronunce di merito: Trib. Napoli, ord. 14 gennaio 2011, in *Foro it.*, 2011, c. 923; Trib. Taranto, decr. 22 marzo 1999, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2077; Trib. Taranto, ord. 28 settembre 1999 e ord. 13 ottobre 1999, Trib. Torino, ord. 19 novembre 1999, tutte in *Foro it.*, 2000, I, c. 624; Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2178; Trib. Bari, ord. 2 luglio 2002; Trib. Roma, ord. 16 agosto 2002, tutte in *Foro it.*, 2002, I, c. 3207 ss.

della legge *de qua* operi tramite rapporti di subfornitura difforni dalla normativa di cui alla L. n. 192/98⁽¹⁴⁶⁾. Inoltre, il recepimento da parte dell'ordinamento italiano della Direttiva 2000/35/CE in tema di termini di pagamento nei contratti commerciali, per mezzo del d.lgs. 231/2002, ha prodotto effetti anche nei riguardi dei rapporti di subfornitura.

Il pionieristico provvedimento giurisdizionale applicativo dell'art. 9 della L. n. 192/1998 è l'ordinanza del Tribunale di Bari emessa in data 6 maggio 2002: in essa si sottolinea che il criterio della mancanza di alternative soddisfacenti, di cui alla disposizione in esame, “rinvia al mercato nel quale l'impresa opera ed alla situazione contingente nella quale essa viene a trovarsi, in conseguenza dell'abuso subito, al fine di verificare la reale possibilità di far fronte all'imprevisto mediante il ricorso ad altro interlocutore commerciale: deve trattarsi non di una mera possibilità, astratta o ipotetica, ma di opportunità che in concreto il mercato offre per il raggiungimento di un risultato comunque utile per l'impresa”⁽¹⁴⁷⁾.

Si segnalano altresì, in quanto di rilievo ai fini che qui ci occupano, altre due pronunce di merito, emesse in data 26 febbraio 2014 e 15 maggio 2014, nelle quali il Tribunale di Massa, in applicazione dell'art. 9 dispone che è nulla per violazione del divieto di abuso di dipendenza economica, poiché ingiustificatamente gravosa, la clausola contenuta in un contratto di somministrazione di carburanti che attribuisce al somministrante, in regime di esclusiva, il potere di stabilire di volta in volta il prezzo delle forniture unilateralmente e senza limiti. Il giudice afferma che la lacuna determinatasi a seguito della declaratoria di nullità parziale della clausola può essere colmata attraverso una sua rideterminazione del prezzo, con riferimento a quello praticato dal somministrante ad altro gestore affiliato nella propria rete commerciale e operante nel medesimo mercato. Il fondamento giuridico del potere giudiziale di

⁽¹⁴⁶⁾ L. FARHANGHI, *Verso la riforma della riforma: l'inapplicazione della legge sulla subfornitura*, in *Contratti*, 2000, p. 1075 ss.: l'Autore evidenzia come il 36,4% delle imprese oggetto dell'indagine ritenga che l'introduzione della normativa sulla subfornitura industriale non abbia apportato alcun cambiamento “in quanto largamente disattesa dalla committenza o perché non è conosciuta o perché non viene accettata. In alcuni casi è addirittura vista come apportatrice di svantaggi, in quanto si ritiene che possa pregiudicare o peggiorare i rapporti con i committenti (...) La paura di perdere il cliente rappresenterà un freno alla richiesta di adeguamento alla norma”.

⁽¹⁴⁷⁾ Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2178.

correggere lo squilibrio contrattuale pare essere considerato implicitamente previsto dallo stesso art. 9, che vieta l'abuso di dipendenza economica. Per evitare la caducazione dell'intero contratto, nella sopra richiamata ottica protettiva del subfornitore/gestore, parte "debole" del rapporto, si segnala che nelle due ordinanze in questione il giudice omette qualsivoglia riferimento alla disciplina di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., nonostante la clausola dichiarata nulla, concernente la determinazione del prezzo, fosse essenziale⁽¹⁴⁸⁾⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ V. BACHELET, *La clausola squilibrata è nulla per abuso di dipendenza economica e il prezzo lo fa il giudice: note a margine di un caso pilota*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 228, osserva, commentando le due ordinanze, che "il silenzio del Tribunale di Massa non passa inosservato e si presta anzi a una riflessione di carattere più generale. La 'dimenticanza' evidenziata costituisce infatti il segno che la riduzione teleologica della nullità sia penetrata, quasi inconsapevolmente, nella mentalità dei giudici e che la logica funzionale della nullità protettiva, pur non consacrata in nessuna disposizione generale calata 'dall'alto', sia ormai immanente all'ordinamento per un movimento venuto 'dal basso'. Tutto ciò in qualche modo conferma, da un lato, le proporzioni assunte dal fenomeno delle nullità speciali di protezione all'interno del sistema e rivela, dall'altro, la trasformazione qualitativa che sta attraversando il regime generale della nullità quasi a preluderne l'imminente 'decodificazione'". Su quest'ultimo punto, v. il sempre attuale studio di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

⁽¹⁴⁹⁾ F. BARTOLINI - A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 641 ss. e S. PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62, l. n. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in G. D'Amico - S. Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, cit., p. 151 ss., individuano nell'art. 62 della legge n. 221/2012 un'ulteriore fattispecie che aprirebbe le porte a un intervento correttivo da parte del giudice. La disposizione prevede che i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale ovvero tra imprenditori agricoli, vanno redatti in forma scritta e devono ispirarsi a principi di "trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni". La norma, al comma secondo, elenca in modo tutt'altro che omogeneo (e non tassativo) una serie di condotte vietate, senza peraltro prevedere espressamente la nullità di pattuizioni stipulate in violazione delle stesse. Alla luce della natura imperativa della norma, tuttavia, pare opportuno considerare tali pattuizioni nulle, ex art. 1419, comma 1, c.c. e, a fini conservativi nell'interesse della parte prevaricata, si ritiene ammissibile l'applicazione dell'art. 1374 c.c.: tramite un giudizio equitativo, infatti, il giudice potrà adeguare il regolamento negoziale ai valori di mercato.

3.12.- Considerazioni conclusive sull'integrazione dei contratti *B2b* tra tutela del corretto funzionamento del mercato ed equità correttiva.

L'analisi dei profili legati all'eterointegrazione nei contratti stipulati tra imprenditori in posizione asimmetrica conduce alla formulazione delle seguenti riflessioni conclusive.

In primis, come si è visto, si evidenzia che nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali è assente qualsivoglia riferimento esplicito alle disparità strutturali del rapporto contrattuale e in quella sull'abuso di dipendenza economica si sanziona l'eccesso di potere posto in essere dall'impresa dominante sul mercato. Alla luce dei predetti dati si può affermare che le normative che ammettono (ora espressamente, ora implicitamente) l'intervento giudiziale correttivo-integrativo del contenuto economico/normativo del regolamento pattizio non hanno quale obiettivo primario la protezione dell'imprenditore dominato o negozialmente "debole", quanto piuttosto la regolazione e la tutela della concorrenzialità e dell'efficienza del mercato. Pertanto le norme giuridiche che disciplinano il c.d. terzo contratto, se volte a perseguire il corretto funzionamento del mercato, sono indirettamente destinate a garantire tutti i soggetti che operano all'interno dello stesso, compresi i consumatori⁽¹⁵⁰⁾.

Inoltre, e di conseguenza, si può sostenere che, a differenza dei contratti dei consumatori, la categoria degli accordi *B2b* sembra idonea ad offrire un esiguo spazio all'equità, intesa come correttiva degli squilibri negoziali, disciplinata all'art. 1374 c.c. nella rinnovata ed evolutiva lettura che si accorda alla norma codicistica⁽¹⁵¹⁾. In particolare nei contratti tra imprese non si riscontrano ostacoli al ricorso all'equità

⁽¹⁵⁰⁾ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 515 ss., osserva che l'obiettivo perseguito dalle norme dettate per i contratti stipulati tra imprenditori in posizione asimmetrica "è quello di garantire un grado di concorrenzialità in senso dinamico, tale da assicurare un flusso continuo di proposte innovative, apprezzabile in termini di contenuti tecnologici, di prezzi al consumatore finale, di capacità innovativa delle modalità contrattuali o organizzative della produzione e dello scambio dei beni e servizi".

⁽¹⁵¹⁾ Sul punto si vedano l'analisi e le considerazioni di M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 109 ss.

integrativa al fine di colmare le lacune sopravvenute a seguito della declaratoria di nullità di una o più clausole squilibrate dal punto di vista economico e quantitativo (e non possa trovare applicazione il dettato circa la sostituzione automatica ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2 c.c.)⁽¹⁵²⁾. L'autonomia privata e la certezza dei traffici commerciali non paiono minacciate da una siffatta soluzione, in quanto, laddove il giudice ricorra all'integrazione equitativa, egli compie una valutazione radicata alla natura dell'affare e al contenuto globale del contratto, oltre che ai parametri oggettivi di riferimento, rinvenibili nel mercato, al fine di pervenire ad una determinazione dell'entità della prestazione contrattuale che consenta di effettuare uno scambio massimamente efficiente; il giudice dovrà sostituire le clausole inique facendo riferimento agli *standards* economici praticati nel mercato di riferimento, in normali condizioni di funzionamento dello stesso⁽¹⁵³⁾.

Qualora invece lo squilibrio che determina la nullità di una clausola sia di tipo normativo, effetto di una deroga "abusiva" al diritto dispositivo, cioè, come si è visto, che conduca a risultati sproporzionati nella distribuzione di diritti ed obblighi a carico di una delle parti, alla caducazione della clausola (se non trovino applicazione le disposizioni di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.) può seguire l'integrazione *ex art. 1374 c.c.*, nella parte in cui richiama la "legge", che verrebbe a rivestire una funzione correttiva, di natura cogente, del contenuto del regolamento contrattuale⁽¹⁵⁴⁾. Tale integrazione *ope legis* può far conseguire la risorgenza delle norme dispositive "illegittimamente" derogate dai contraenti, ovvero la disciplina

⁽¹⁵²⁾ C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2978, rileva che "se l'equità, ovvero la proporzionalità degli scambi, è stata elevata, nel nuovo diritto dei contratti, a criterio di validità della clausole contenute in dati rapporti negoziali (caratterizzati, in genere, da una asimmetria di potere), non si vede perché alla stessa il giudice non possa ricorrere, laddove sia necessario alla conservazione del contratto, per sostituire alla pattuizione nulla quella regola che avrebbe dovuto costituire l'esito di una contrattazione corretta in un mercato concorrenziale".

⁽¹⁵³⁾ *Contra*, tra gli altri, evidenzia forti perplessità sull'intervento integrativo *ope iudicis* G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di 'abuso dell'autonomia contrattuale')*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 234.

⁽¹⁵⁴⁾ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 62 ss.; A. FEDERICO, *Profili sull'integrazione del contratto*, cit., p. 96. *Contra*, A. D'ADDA, *La correzione del 'contratto abusivo'*, cit., p. 381 s., il quale esclude che l'art. 1374 c.c. rappresenti l'ancoraggio per l'integrazione correttiva tramite norme dispositive.

dello specifico tipo contrattuale oppure, da ultimo, le norme del codice civile sul contratto in generale⁽¹⁵⁵⁾.

Tracciati i confini all'interno dei quali può trovare applicazione l'art. 1374 c.c., nella rinnovata lettura in senso evolutivo, è necessario altresì stigmatizzare che spesso la dottrina e la giurisprudenza attribuiscono alla buona fede, "piegata ad un giudizio sostanzialmente equitativo"⁽¹⁵⁶⁾, i compiti che dovrebbero essere affidati all'equità, così travisando il significato e la funzione propri dei due concetti che, invece, occorre tenere distinti, come si è cercato di illustrare. Infatti rincorrere un generalizzato ideale di "giustizia contrattuale", attraverso l'iniezione nel regolamento negoziale di istanze di solidarietà etico-sociale e di *aequitas* astratta, utilizzando il veicolo della buona fede, non pare la strada corretta, in quanto condurrebbe allo snaturamento dello stesso strumento contrattuale che è, e deve continuare a rappresentare, la massima espressione dell'autonomia privata.

Il potere giudiziale di sindacare e correggere equitativamente il contratto, in conclusione, può essere ammissibile in casi estremamente limitati e cioè, nell'ambito dei contratti tra professionisti, soltanto quale strumento rimediale volto a colmare le lacune che siano esito della dichiarazione di invalidità di una o più clausole essenziali nell'economia del contratto⁽¹⁵⁷⁾, in quanto frutto dell'abuso (della dipendenza economica o della posizione dominante) di una parte a danno dell'altra; al fine di evitare che la nullità travolga l'intero contratto, il giudice potrebbe correggere, secondo equità, il regolamento negoziale, facendo riferimento ai parametri dettati dal mercato.

⁽¹⁵⁵⁾ Condurrebbe forse a soluzioni di volta in volta incerte e non prevedibili, attribuendo al giudice un vasto potere discrezionale, l'accoglimento della tesi di S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto parzialmente nullo*, cit., p. 95 ss., il quale, non tenendo in considerazione la gerarchia delle fonti di integrazione tratteggiata dall'art. 1374 c.c., propone, in un'ottica di fungibilità tra integrazione equitativa e ricorso al diritto dispositivo, che l'autorità giudiziaria possa "emendare la clausola abusiva", operando una *reductio ad aequitatem*, qualora la norma dispositiva sia troppo premiale per la parte tutelata dalla nullità speciale.

⁽¹⁵⁶⁾ Così C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti*, cit., p. 2994.

⁽¹⁵⁷⁾ Ad esempio clausole che impongono prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (cfr. art. 3, L. n. 287/1990).

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole : atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania : 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970
- ADILARDI, *Contratto di mediazione e nullità virtuale di protezione*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 1995 ss.
- AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, I, p. 253 ss.
- ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 669 ss.
- ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, I, p.503 ss.
- ALBANESE, *Contratto. Mercato. Responsabilità*, Milano, 2008
- ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003
- ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica, nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1179 ss.
- ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *Jus Civile*, 2013, p. 388 ss.
- ALPA, *Manuale di diritto privato*, VIII ed., Padova, 2017
- ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, I, p. 611 ss.

- AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso» dell'autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 285 ss.
- AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012
- ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012
- ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevanza d'ufficio condizionata*, in *Obblig. contr.*, 2012, p. 691 ss.
- ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Padova, 1961
- ASQUINI, *Le clausole d'uso e l'art. 1340 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, p. 454 ss.
- BACHELET, *La clausola squilibrata è nulla per abuso di dipendenza economica e il prezzo lo fa il giudice: note a margine di un caso pilota*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 218 ss.
- BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, p. 297 ss.
- BARCELLONA M., *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 61 ss.
- BARCELLONA M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 33 ss.
- BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006
- BARCELLONA P. (con la collaborazione di Camardi), *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996
- BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III - *L'attività e il contratto*, a cura di Lipari, Padova, 2003, p. 313 ss.
- BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996
- BELLELLI, *Sub art. 1469-quinquies*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di Alpa - Patti, in *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2003, p. 1033 ss.

- BENATTI Francesca, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 627 ss.
- BENATTI Francesca, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008
- BENATTI Francesco, *Norme aperte e limiti al potere del giudice*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 19 ss.
- BENATTI Francesco, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 241 ss.
- BENATTI Francesco, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 837 ss.
- BENATTI Francesco, *Doveri di protezione* (voce), in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1992, p. 221 ss.
- BENEDETTI - GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2013, I, p. 1077 ss.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della II ed., Napoli, 1994
- BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, a cura di G. Grifo, II ed. riv. e ampliata, Milano, 1971
- BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, II ed., Milano, 2000
- BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, I-II, Milano, 1979-1981
- BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, Milano, rist. 2013
- BILO', *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 483 ss.
- BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861 ss.
- BORTOLUZZI, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 1431 ss.
- BRECCIA, *Prospettive del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 161 ss.

- BUGANI, *La nullità del contratto*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da Galgano, Padova, 1990
- BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537 ss.
- BUSNELLI - MORELLO, *La Direttiva 93/13/CE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, I, p. 369 ss.
- CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Milano, 2010
- CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, I, p. 297 ss.
- CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000
- CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in *Tratt. Contr.*, diretto da E. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 389 ss.
- CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. Giur.*, 1994, I, p. 570 ss.
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, rist. anast., Napoli, 2011
- CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943
- CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962
- CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974
- CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015
- CASTRONOVO - MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007
- CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, I, p. 397 ss.
- CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Contratto e costituzione in Europa*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, p. 39 ss.

- CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001
- CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 5 ss.
- CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 ss.
- CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, rist., 1974
- CHIODI, *Equità. La categoria regolativa del diritto*, Napoli, 1989
- CHIRICO, *Art. 36*, in *I contratti del consumatore- Commentario al Codice del Consumo*, a cura di Cesaro, Padova, 2007, p. 579 ss.
- CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo secondo, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 411 ss.
- CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969
- CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000
- CITARELLA, *La penale esigua e l'equità del contratto*, Torino, 2016
- COLANGELO, *La nullità come rimedio anti-trust: effetti e problemi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 503 ss.
- CRESCI, *Art. 9 «Abuso di dipendenza economica»*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, p. 720 ss.
- CRESCI, *Intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante (L. 10.10.1990, n. 278)*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, p. 375 ss.
- CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959
- CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziale*, in *Riv. arbitr.*, 2006, p. 387 ss.
- 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. arbitr.*, 1999, p. 67 ss.

- CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Milano, 2015
- D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 16 ss.
- D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»: regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in Bellavista - Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 361 ss.
- D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008
- D'AMICO - PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2015
- D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014
- D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I contratti*, 2012, p. 977 ss.
- D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I contratti*, 2009, p. 732 ss. e in Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 1-26
- D'AMICO, *La formazione del contratto* (voce), in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008
- D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti - Villa, Bologna, 2008, p. 37 ss.
- D'AMICO, *La disciplina della vendita come "tipo generale" (elogio della differenziazione)*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, a cura di Macario e Miletta, Milano, 2006, p. 429 ss.
- D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 625 ss.
- D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996
- D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, Torino 2004

- D'IPPOLITO, *I contratti del consumatore in generale*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di Demarchi, Bologna, 2010, p. 29 ss.
- DE CRISTOFARO, *Il codice del consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 747 ss.
- DE CRISTOFARO: *Il «Codice del consumo»: un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1137 ss.
- DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011
- DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 449 ss.
- DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996
- DE NOVA, *Clausola penale* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988
- DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008
- DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009
- DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, I, p. 341 ss.
- DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, IV, p. 1479 ss.
- DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja - Branca*, diretto da F. Galgano, Bologna - Roma, 1988
- DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 681 ss.
- DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, II, p. 673 ss.
- DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 721 ss.
- DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003
- DI STASO, *I presupposti e il fondamento giuridico dell'azione generale di rescissione per lesione. La disciplina privatistica dei negozi usurari nel c.c. vigente. Poteri del giudice e offerta di «reductio ad aequitatem»*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I

- DI VIA, *L'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III - *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 635 ss.
- DUVIA, *La sostituzione automatica di clausole nell'art. 1419, comma 2, cod. civ.*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, pp. 789 ss..
- FABBIO, *Osservazioni sull'ambito di applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 902 ss.
- FALCO, *La disciplina dell'usura (L. 7.3.1996, n. 386)*, in Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 647 ss.
- FALZONE CALVISI, *Il «taglia e incolla» non si addice al legislatore*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, p. 101 ss.
- FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011
- FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in Bellavista - Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011
- FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008
- FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino, 2004
- FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 1 ss.
- FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004
- FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 367 ss.
- FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, p. 825 ss.
- FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966
- FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998
- FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983

- FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. II, Milano, 2013
- FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, I, p. 83 ss.
- FRIGNANI, *Il contratto di franchising: orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012
- GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 93 ss.
- GABRIELLI - ORESTANO, *Contratti del consumatore* (voce), in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg., Torino, 2000
- GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 486 ss.
- GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, II, p. 901 ss.
- GALETTA, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. - Tar*, 2007, p. 603 ss
- GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2002
- GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 417 ss.
- GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja - Branca*, diretto da F. Galgano, Bologna - Roma, 1993, p. 65 ss.
- GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 461 ss.
- GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970
- GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015
- GENTILI, *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2012, p. 3 ss.
- GENTILI, *La nullità di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 77 ss.

- GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I contratti*, 2006, p. 159 ss.
- GENTILI, *Le invalidità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 2006, II, p. 1407 ss.
- GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 200 ss.
- GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 403 ss.
- GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr giur.*, 1999, p. 600 ss.
- GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1332
- GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008
- GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 11 ss.
- GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999
- GUARINO, *La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana*, in *Dir. e giur.*, 1956, p. 413 ss.
- GUARRACINO, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. impr. Eur.*, 1997, II, p. 609 ss.
- GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, in *Giur. Comm.*, 1999, II. P. 453 ss.
- INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione della libertà negoziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 498 ss.
- IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003
- LANZILLO, *La proporzione fra e prestazioni contrattuali*, Padova, 2003
- LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni dei rimedi antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237 ss.

- LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 433 ss.
- LIPARI, *Per una revisione della disciplina dell'interpretazione e dell'integrazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ., Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, 2006, III, p. 215
- LIVI, *L'integrazione del contratto*, in Lipari (a cura di), *Tr. Dir. Priv. Eur.*, III, Padova, 2003, p. 380 ss.
- LIVI, *Le nullità*, in Cuffaro (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, p. 169 ss.
- MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 191 ss.
- MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 663 ss.
- MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996
- MACARIO, *Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 745 ss.
- MAGAZZU', *Clausola penale* (voce), in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960
- MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole del mercato nella disciplina generale dei contratti del consumatore*, Torino, 1998
- MANIACI, *Clausola penale eccessiva: "inefficacia" o riducibilità?*, in *Contratti*, 2005, p. 1113 ss.
- MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tr. Contr.*, diretto da Roppo, IV, 2006, p. 3 ss.
- MANTOVANI, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995
- MARCHETTI, *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, Torino, 2013
- MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 2010, I, p.347 ss.
- MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed uguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 611 ss.

- MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 567 ss.
- MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003
- MAZZAMUTO - PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012
- MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, p. 45 ss.
- MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. Impr.*, 1994, III, p. 1097 ss.
- MELE, *La nullità di protezione*, in *Contratti e tutela dei consumatori*, a cura di Tommasi, 2007, p. 117 ss.
- MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 73 ss.
- MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, *Diritto privato*, Milano, 1998
- MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.
- MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.
- MERUZZI, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contr. impr.*, 2000, I, p. 25 ss.
- MESSINEO, *Contratto* (voce), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952
- MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tr. Contr.*, diretto da Roppo, IV, Milano, 2006, p.485 ss.
- MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, II, Torino, 1980
- MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008

- MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *I contratti*, 2009, p. 1115 ss.
- MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere giudicante ex art. 1421 c.c. e nullità contrattuali*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, III, Milano, 2006, p. 601 ss.
- MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (note a margine dell'art. 1469-quinquies, commi 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, II, p. 565 ss.
- MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, p. 287 ss.
- MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 1784 ss.
- NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010
- NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. impr.*, 1994, II, p. 475 ss.
- NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 155 ss.
- NEGRI, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione*, Napoli, 1981
- NUZZO, *Le nullità di protezione*, in *Comm. Cod. Cons.*, a cura di Alpa - Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 255 ss.
- OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533 ss.
- OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943
- ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *Tratt. Contratti*, a cura di Gabrielli e Minervini, *I contratti dei consumatori*, I, Torino, 2005, p. 381 ss.
- ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti: la metamorfosi del contratto*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, p. 65 ss.
- OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923

- PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della corte di giustizia*, in *Contratti*, 2017, p. 11 ss.
- PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, p. 854 ss.
- PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, p. 406 ss.
- PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"*, in *I contratti*, 2012, p. 874 ss.
- PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *I contratti*, 2009, p. 1040 ss.
- PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 139 ss.
- PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, p. 455 ss.
- PANDOLFELLI, *Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942
- PANDOLFINI, *Le modifiche alla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Corr. merito*, 2013, p. 378 ss.
- PARDOLESI, *Prefazione*, in Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004
- PARINI, *Abuso di dipendenza economica: predisposizione di clausole inique o discriminatorie e potere "integrativo" del giudice*, in *Vita notarile*, 2011, II, p. 1135 ss.
- PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970
- PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 409 ss.
- PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995
- PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005

- PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013
- PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011
- PERLINGIERI P., *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto processo civile*, 2011, p. 1 ss.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006
- PERLINGIERI P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003
- PERLINGIERI P., *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, in Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 827 ss.
- PERLINGIERI P., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1988
- PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002
- POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001
- PRATI - CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999
- PRISCO, *Il rilievo d'ufficio della nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1227 ss.
- 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 ss.
- PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, I, p. 189 ss.
- PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003
- QUADRI, *"Nullità" e tutela del "contraente debole"*, in *Contr. impr.*, 2001, III, p. 1143 ss.
- RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007

- RICCIO, *Ancora sull'equità correttiva e sui poteri del giudice*, in *Contr. impr.*, 2007, I, p. 712 ss.
- RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 424 ss.
- RICCIO, *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. impr.*, 2000, I, pp. 95 ss.
- RISPOLI, *Equità integrativa e potere correttivo del giudice*, in *Corr. merito*, 2013, p. 29 ss.
- RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994
- RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. integrata, Milano, 2004
- ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 416 ss.
- ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011
- ROPPO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica - Zatti, Milano, 2011
- ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.
- ROPPO, *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 ss.
- RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530 ss.
- RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, I, p. 120 ss.
- SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016
- SALVI, *“Accordo gravemente iniquo” e “riconduzione ad equità” nell’art. 7 d. lgs. 231 del 2002*, in *Contr. impr.*, 2006
- SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961

- SAVAUX, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français*, in *Les mutations du droit des contracts*, in RDC, 2010, p. 1057 ss.
- SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, Padova, 2010
- SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011
- SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 843 ss.
- SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, *Riv. dir. civ.* 2005, p. 459 ss.
- SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 201 ss.
- SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 229 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992
- SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.
- SMORTO, *Clausole abusive e diritti del consumatore. Raffronti comparatistici*, Padova, 2001, p.238 ss.
- SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 258 ss.
- SPOTO, *I ritardi nei pagamenti commerciali. Commento al d. lgs. n. 231 del 2002 come modificato dal d. lgs. n. 192 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 305 ss.
- SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007
- TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti: proporzionalità dello scambio e tutela della concorrenzialità dei mercati*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, Milano, 2015, p. 2929 ss.
- TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006

- TESCARO, *Le clausole vessatorie tra codice civile e codice del consumo*, in *Studium iuris*, 2012, II, p. 681 ss.
- TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004
- TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei principi Unidroit*, in *Contr. impr. Europa*, 1997, p. 141 ss.
- TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi di trasformazione*, Torino, 2013
- TRIMARCHI V. M. , *La clausola penale*, Milano, 1954
- TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Torino, 2004
- VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 1366 ss.
- VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 839 ss.
- VENOSTA, *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008
- VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004
- VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004
- VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obblig. contr.*, 2011, II, pp. 86-88
- VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007
- VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002
- VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti – Villa, Bologna, 2008, p. 113 ss.
- VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993
- VOLPE (a cura di), *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016
- VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004

- VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1999, I, p. 40 ss.
- ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *European Legal Forum*, 2000, p. 386 ss.
- ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 108 ss.
- ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 515 ss.
- ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991