



GIOVANNI FAPPIANO

Dottorando – Università degli Studi di Brescia

## TUTELA DELLA SCELTA E PROPORZIONALITÀ DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Contratto «giusto» e principio di proporzionalità. – 2. I risvolti rimediali. – 3. La rilettura costituzionalmente orientata dei rapporti contrattuali. – 4. L'incidenza dei principi e delle clausole generali nei più recenti orientamenti giurisprudenziali. – 5. Una «giustizia contrattuale» concreta a garanzia del fisiologico esplicarsi del consenso.

1. – Per quanto la garanzia dell'equilibrio tra le prestazioni, ricorrentemente legata alla tematica della 'giustizia contrattuale'<sup>1</sup>, trovi riscontri univoci già nelle fonti del diritto romano<sup>2</sup>, decisiva importanza nella sua formazione storica è attribuita all'età postclassica, quando, sotto l'influenza della cultura cristiana, è emersa la dottrina del *iustum pretium*, accompagnata da una prima disciplina sulla rescissione<sup>3</sup>. L'influenza dei valori del cristianesimo, nell'età medievale, aveva infatti segnato significativamente il processo di individuazione della portata precettiva dell'atto di autonomia privata. Anche attraverso l'istituto dell'*aequitas canonica*, che aveva permesso al giudice ecclesiastico di correggere le 'ingiustizie' del diritto comune, il contratto si modellava a strumento di attuazione dell'equo contemperamento degli interessi, concretizzando una

<sup>1</sup> Il tema della 'giustizia contrattuale' è stato ampiamente discusso in dottrina. Si rinvia, senza pretesa di completezza, a G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 39 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 20 ss.; ID., *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in ID., *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, 149 ss.; G. SMORTO, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica italiana*, Bologna, 2008, 219 ss.; A. D'ANGELO-P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, *passim*; M. BARCELLONA, *Clausole generale e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, *passim*; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, *passim*; A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo». Regole dispositive in funzione «conformativa». Ovvero una nuova stagione per la giustizia contrattuale?* in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 361 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, *passim*; ID., voce *Contratto giusto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, III, Torino, 2007, 403 ss.; R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, *ivi*, VII, Torino, 2012, 534 ss.; V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 446 ss.; E. NAVARETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1262 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?* in *Politica del diritto*, 3, 2007, 451 ss.; L.V. MOSCARINI, *Riflessioni sul tema del «contratto giusto»*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, 617 ss.

<sup>2</sup> Basti pensare alla *laesio enormis*, che traeva il proprio fondamento nei rescritti attribuiti agli imperatori Diocleziano e Massimiano (285 e 293 d.C.) e consentiva al venditore di rendere inefficace il contratto di compravendita qualora il prezzo pagato dall'acquirente fosse inferiore alla metà del valore della cosa venduta. Per un maggiore approfondimento dell'istituto di diritto romano si rinvia a A. GREBIENIOW, *La laesio enormis e la stabilità contrattuale*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2014, 61, 195 ss.

<sup>3</sup> Si rinvia al riguardo a P. S. LEICHT, *Laesio enormis e Iustum pretium*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, I, Milano, 1939, 48 ss.



‘giustizia contrattuale’ di natura ‘distributiva’ la cui assenza avrebbe comportato riflessi negativi sulla stessa validità ed efficacia dell’atto<sup>4</sup>.

Una siffatta ricostruzione logico-giuridica fu superata dagli ideali liberali, che influenzarono il processo di codificazione civile. L’affermazione del dogma della volontà creatrice, comportando la coerente esigenza che «*qui dit contractuel, dit juste*»<sup>5</sup>, portò all’esclusione del paradosso giuridico correlato all’idea secondo cui le parti potessero prestare il consenso ad un accordo produttivo di perdite e di svantaggi. Toccava, a tal stregua, proprio e solo alle parti assicurare una giustizia nei loro rapporti, con conseguente sottrazione di ogni ingerenza legislativa o giudiziale.

Non può essere per questo motivo considerato irrilevante il fatto che l’art. 1101 cod. civ. del 1865 qualificava come «oneroso» il contratto «nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio». L’espressione «intende», rimarcando un’accezione ‘soggettiva’ dell’equilibrio contrattuale, chiariva che la valutazione dell’adeguatezza delle prestazioni era lasciata all’individuale apprezzamento delle parti<sup>6</sup>.

La codificazione del 1942, pur essendo ancora fortemente influenzata dai principi dell’economia liberale, presenta disposizioni volte ad assicurare una ricostruzione in termini oggettivi del concetto di equilibrio contrattuale, concorrendo a stabilire per legge quantomeno un ‘giusto’ valore minimo delle prestazioni contrattuali<sup>7</sup>. La limitazione della libertà negoziale in tal modo introdotta, tuttavia, è stata per lungo tempo intesa in termini eccezionali, così da individuare il suo fondamento giustificativo nella presenza di circostanze di mercato fisiologicamente inidonee a consentire alle regole del libero scambio che i valori delle prestazioni rispecchiassero spontaneamente un assetto equo<sup>8</sup>.

Solo in tempi più recenti una parte della dottrina ha prospettato l’esistenza di un vero e proprio principio generale di proporzionalità, ricavato da norme «a vocazione allargata» attraverso un procedimento di astrazione crescente, capace di introdurre, nel sistema, un nuovo profilo di valutazione degli interessi basato sull’adeguatezza delle prestazioni<sup>9</sup>.

Il fondamento giustificativo di tale ricostruzione, strettamente correlato ad una visione costituzionalizzata del diritto civile, ha comportato, dal punto di vista applicativo, l’esclusione della natura eccezionale delle singole previsioni volte a regolare in termini più ‘giusti’ l’assetto contrattuale voluto dalle parti. L’immediata precettività del principio, attraverso l’ausilio dell’interpretazione costituzionalmente orientata, consentirebbe, in altri termini, all’operatore di diritto di orientare tutti i rapporti contrattuali all’equilibrio tra le prestazioni,

---

<sup>4</sup> Cfr. M. R. PIZZORNI, *Diritto, etica e religione, il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d’Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 2005, 184 ss.; A. SAPORI, *Il giusto prezzo nella dottrina di San Tommaso e nella pratica del suo tempo*, in *Studi di storia economica*, Firenze, 1995, 265 ss.

<sup>5</sup> A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1886, 410.

<sup>6</sup> S. GATTI, *L’adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 441.

<sup>7</sup> Cfr. F. CAMILLETTI, *Profili dell’equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, 43.

<sup>8</sup> R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, 314.

<sup>9</sup> P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 341 ss.; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 441 ss.; ID., *I nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 533 ss.; ID., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, 3 ss.; ID., *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 480 ss. Per una prima replica, cfr. però anche P. SCHLESINGER, *L’autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 231, secondo il quale «parrebbe sempre ben fermo il baluardo più importante della libertà di autodeterminazione dei privati: al di là di interventi specifici del legislatore, rimane il rispetto della volontà dei contraenti, liberi di poter scegliere con totale discrezionalità i loro obiettivi e gli strumenti economici con cui perseguirli. Pertanto, almeno in linea di principio, e salvo che si ravvisano abusi o scorrettezza di tipo procedurale, il giudice “non può mettere i piedi nel piatto” e modificare d’imperio le condizioni dello scambio, neppure quando lo faccia allo scopo di assicurare la “giustizia” sostanziale della transazione».



indipendentemente dalla presenza di specifiche disposizioni normative dirette ad indicare analiticamente come attuare tale equilibrio<sup>10</sup>.

In termini generali, tuttavia, l'eterointegrazione giudiziale comporta il rischio di rinunciare al diritto come strumento di attuazione di scelte politico-economiche e alla giurisdizione quale mezzo di applicazione – e non di creazione – della norma giuridica. Il rischio è quello di un rovesciamento del senso stesso di 'giustizia': dall'esigenza di garantire la libera iniziativa economica – che trova un diretto riscontro anche nel dettato costituzionale (art. 41 Cost.) – per soddisfare gli interessi utilitaristici di ogni singolo contraente, si passa alla creazione di una regola rimessa alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, spesso motivata da ragioni etiche non verificabili *a priori*<sup>11</sup>.

Come ogni principio, anche quello di proporzionalità richiama, infatti, elementi fuori da sé e concetti estranei alla positivizzazione, con l'inevitabile conseguenza di un'attività ermeneutica potenzialmente idonea a sovvertire la funzione politica dell'ordinamento mutando la tassatività delle norme che prevedono un sindacato sull'equilibrio economico del contratto in figure sintomatiche di un più alto – ma inevitabilmente generico – apparato valoriale<sup>12</sup>.

**2. –** A favore di questa conclusione depone una più attenta valutazione dei risvolti rimediali delle specifiche ipotesi legislative che attribuiscono rilevanza giuridica a meccanismi di adeguatezza e proporzionalità per i rapporti privatistici<sup>13</sup>.

La tecnica normativa non sembra infatti essere sempre volta a garantire un'indiscriminata equivalenza tra i valori delle prestazioni<sup>14</sup>, considerando principalmente che nell'aspetto fisiologico della contrattazione so-

<sup>10</sup> Di tale principio l'art. 1384 cod. civ. rappresenterebbe l'«epifenomeno positivo». Sul punto cfr. V. PESCATORE, *Clausola «di irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, I, Napoli, 2008, in part. 707 e 710, il quale pur non contestando l'ordinarietà del controllo sugli atti dei privati pone in risalto l'eccezionalità della penale rispetto alla regolarità degli istituti – come quello di cui all'art. 1448 cod. civ. – in cui il giudice «non può entrare nel contratto».

<sup>11</sup> Cfr. G. VETTORI, *Diritto dei contratti e 'Costituzione' europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 134, secondo il quale «i dati normativi da cui si intende astrarre il principio hanno ancora elementi di ambiguità evidenti e tali da non consentire di affermare un'esigenza di adeguatezza oggettiva tra le prestazioni».

<sup>12</sup> L'uso dei principi e delle clausole generali, che, come opportunamente rileva E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 789 ss., non può dirsi estraneo alla tecnica normativa del legislatore comunitario degli ultimi anni, opera a discapito della legge che «si fa anch'essa fluida: non più la rude serietà di fattispecie ed effetto..., ma premesse storico-politiche e motivazioni sociologiche e indicazioni di scopi» (così N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 68).

<sup>13</sup> Oltre alla clausola penale, un esempio può essere offerto dall'azione di rescissione della divisione ereditaria, che è esperibile unicamente nel caso in cui sussista una lesione *ultra quantum* ed è diretta ad assicurare a ciascun convivente il conseguimento materiale dell'effettiva quota spettantegli (G. BONILINI, voce *Divisione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VI, Torino, 1990, 944). L'art. 763 cod. civ. non fa alcun riferimento né allo stato di pericolo né allo stato di bisogno. L'unico presupposto per esercitare l'azione di rescissione della divisione ereditaria è che vi sia una lesione oggettiva, caratterizzata dal fatto che il convivente abbia ottenuto, proporzionalmente a quanto abbiano ricevuto gli altri conviventi, dei beni di valore inferiore ad un quarto rispetto al valore della propria quota. Per un maggior approfondimento si rinvia a G. MIRABELLI, voce *Divisione (diritto civile)*, in *Nov. Dig. it.*, VI, Torino, 1964, 34 ss.; ID., *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur.*, 1949, I, 44 ss.

<sup>14</sup> Cfr. V. PESCATORE, *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obbl. contr.*, 2012, 169, secondo il quale, anche con supporto delle previsioni di *soft law*, sembrerebbe – a leggere certe affermazioni – che la verifica dello squilibrio economico, che era considerata un'eccezione, sia oggi la regola, ma «in realtà, se si ha riguardo alle più recenti discipline in materia di contratti d'impresa, non sembra che il dato positivo autorizzi tale generalizzazione». Se si rimane nell'ambito dei contratti d'impresa, si appunta il fatto che «le istanze solidaristiche di cui la proporzionalità è dichiarata espressione non configurano la ratio né unica, né principale delle normative in materia di subfornitura, franchising, o contratti di rete».



no le parti a scegliere ed elaborare l'assetto di interessi più adeguato alle loro esigenze. Se i contraenti hanno raggiunto una data mediazione sugli interessi confliggenti vorrà dire che entrambi hanno ritenuto che l'adempimento della propria prestazione comporti una perdita di un'utilità soggettiva minore (e non già equivalente) rispetto a quella che si guadagna ricevendo la controprestazione<sup>15</sup>. La somma dei vantaggi e delle perdite non può essere pari a zero, perché per ciascuna parte il valore della controprestazione apporta una utilità maggiore a quella che si perde eseguendo la propria.

Anche quando la disciplina normativa imponga all'interprete di valutare l'equilibrio tra i valori economici delle prestazioni non è da escludersi, in realtà, che tale circostanza assuma la valenza di indice di rilevanza giuridica di un diverso fenomeno, piuttosto che la *ratio* principale dell'istituto.

Al di fuori delle ipotesi tassative, il legislatore non guarda al sinallagma per il suo valore quantitativo, quanto al suo fine, quello di soddisfare la volontà dei contraenti di incrementare le rispettive utilità soggettive. Sono diversi gli istituti che pur 'toccando' il profilo del contenuto economico si preoccupano di offrire, in realtà, uno strumento a tutela di tale libertà di scelta. La tecnica legislativa, in tali circostanze, si avvale dello squilibrio economico come indice normativo di un'alterazione del computo differenziale delle utilità soggettive.

Lo dimostra, in richiamo ad un esempio più pratico, la disciplina dell'eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 cod. civ. Se la norma richiede che l'onerosità sia eccessiva e che essa sia dipesa da circostanze imprevedibili e straordinarie per poter chiedere la risoluzione vuol dire, interpretandola *a contrariis*, che il mero squilibrio tra i valori delle prestazioni non può essere la causa sufficiente per lo scioglimento del contratto<sup>16</sup>. Al requisito del disequilibrio tra i valori economici delle prestazioni («se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa») si pongono gli ulteriori presupposti della «straordinarietà» ed «imprevedibilità» dell'evento sopravvenuto («per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili»). La congiunzione «se» introduce una proposizione condizionale composita (il mutamento dell'equilibrio economico a causa di un evento straordinario e imprevedibile) rispetto ad una proposizione principale (la possibilità del debitore di chiedere la risoluzione del contratto). La sopravvivenza, allora, non altera semplicemente il contenuto economico del contratto. È piuttosto un fenomeno in grado sottrarre alla parte onerata il cd. «corrispettivo utile» voluto<sup>17</sup>; e a ciò risponde la disciplina apposita. Può risultare, infatti, comprensibile come un aggravio parti-

<sup>15</sup> M. FRIEDMAN, *Capitalism and freedom*, Chicago-Londra, 1962, 13., secondo il quale «The possibility of coordination through voluntary cooperation rests on the elementary – yet frequently denied – proposition that both parties to an economic transaction benefit from it, provided the transaction is bilaterally voluntary and informed». Si veda altresì D. GWARTNEY, R. L. STROUP, *Microeconomics, Private and public choice*, Orlando, 1977, in part. 48 e 29, secondo i quali «economic thinking implies that people will choose an option if they expect the benefits (utility) of the choice to exceed its opportunity cost. Purposeful decision makers will be motivated by the pursuit of personal gain. They will never knowingly choose an alternative when they expect the opportunity cost to exceed the benefits. To do so would be to make a choice with the full awareness that it meant the sacrifice of another, preferred course action. That simply would not make sense [...]. Exchange is based on agreement and the expectation of gain. If the parties did not expect the trade to improve their well-being, they would not agree to it. Because trade is mutually advantageous, it must be a positive-sum productive activity».

<sup>16</sup> Sulla *ratio* attribuibile all'art. 1467 cod. civ. si rinvia ai diversi richiami dottrinali operati da P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 159. Da ultimo, al tema dedica ampia attenzione D. SANTARPIA, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023, 202 ss.

<sup>17</sup> Cfr. M. DE SIMONE, *Ancora sulla sopravvenienza contrattuale nel diritto positivo*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, in part. 34 e 83, il quale, già sotto la vigenza del Codice Pisanelli e prima della vigenza di una norma di portata generale, aveva ritenuto necessario soffermare l'attenzione sulla «difficoltà sopravveniente di prestazione, [...] problema che si pone in tutti quei casi in cui un mutamento dello stato di fatto anteriore provochi un aggravamento della prestazione o della controprestazione, rendendone oltremodo difficile per uno dei contraenti». Considerando che il consenso sia stato prestato per ottenere un'utilità, un «avvenimento estraneo provoca un aggravamento della controprestazione, per modo che una delle parti non possa più conseguire un corrispettivo utile, ma anzi deve subire un danno».



colarmente pregnante del valore economico di una delle prestazioni, alterando l'adeguatezza del contenuto economico del contratto, a discapito di ciò che la parte ha liberamente scelto e programmato, possa essere considerato dal legislatore un fattore giustificativo per l'operatività di meccanismi positivizzati di reazione ad una volontà non più attendibile.

La 'reazione normativa' al disequilibrio economico sopravvenuto appare giustificata solo laddove la scelta sia alterata da fattori esterni (le sopravvenienze) che limitano la capacità del sinallagma di realizzare le utilità promesse e convenute<sup>18</sup>. L'adeguatezza del contenuto contrattuale all'originaria volontà del contraente non riguarda perciò il rapporto tra i valori economici delle prestazioni – che resta un indice di rilevanza giuridica –, ma le utilità che entrambi i soggetti ottengono rinunciando ad un proprio bene e ricevendone in cambio un altro<sup>19</sup>.

Tale ricostruzione non comporta, tuttavia, un ritorno al dogma della volontà né si risolve nella reiterazione di schemi argomentativi variamente correlati all'impiego di condizioni non sviluppate, sulla falsariga di quanto storicamente avvenuto per l'elaborazione della clausola *rebus sic stantibus*.

L'art. 1467 cod. civ. tutela una volontà effettiva (quella di concludere un buon affare), che si esprime con l'oggettività del sinallagma dell'operazione economica. Il legislatore postula, così, la contestuale ricorrenza di indici giuridici da cui è possibile accertare l'alterazione della libera scelta su un dato rapporto differenziale di utilità (i.e. eccessività dell'onerosità, imprevedibilità e straordinarietà dell'evento)<sup>20</sup>. E sebbene tali concetti possano rappresentare, ad una valutazione di senso comune, delle qualificazioni e delle valutazioni di natura soggettiva, il legislatore, ai fini dell'accertamento, limita la discrezionalità del giudice saldandola ad un dato obiettivo, quello dell'art. 1467, comma 2, cod. civ.: «la sopravvenuta onerosità non deve rientrare nell'alea normale del contratto»<sup>21</sup>.

Le complessità che derivano dai significati lessicali di senso comune trovano ancoraggio nello specifico terreno dell'esperienza contrattuale. Le parti prima di vincolarsi giuridicamente devono necessariamente rappresentarsi il mutamento delle circostanze esistenti perché, cristallizzando l'immutabilità del vincolo all'incertezza delle varie situazioni, nel loro consenso è insita anche la volontà di assoggettarsi agli obblighi indipendentemente dal mutamento dei contesti esterni previsti o, quanto meno, prevedibili. Tale presunzione è chiaramente limitata alle variazioni 'normali', cioè quelle che possono dipendere – nell'esecuzione di un rapporto di durata – dall'ordinario evolversi della vita e dei rapporti economici. L'onerosità diviene 'anorma-

<sup>18</sup> Anche al di fuori della specifica materia delle sopravvenienze, riflessioni non dissimili provengono da R. LANZILLO, *op. cit.*, 309, secondo la quale «condizione imprescindibile dello scambio [...] è che, per ognuna delle parti, l'utilità marginale di ciò che riceve sia non uguale, ma superiore all'utilità marginale di ciò cui rinuncia; ed anzi, lo scambio è tanto più agevole quanto maggiore è il divario tra le rispettive utilità marginali [...]. Ne consegue che ognuna delle parti 'guadagna' dallo scambio, poiché ottiene qualche cosa che – dal suo punto di vista – vale di più di quanto valga di ciò che si priva».

<sup>19</sup> Più in generale, per la tradizionale irrilevanza della sproporzione tra le prestazioni, si veda A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 309 ss.

<sup>20</sup> Sul tema della volontà quale elemento del negozio giuridico si rinvia a R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. II ed., Napoli, 2008, 205, secondo il quale l'ordinamento «non dà mai rilievo alla volontà pura e semplice; e giustamente perché il diritto non tiene conto esclusivo del dato psichico, ma piuttosto provvede a disciplinare l'autonomia negoziale in ordine alle turbative che intaccano in concreto la volontà libera e cosciente dei privati. Concludendo, deve, riconoscersi che la volontà del contenuto non costituisce, secondo il nostro diritto, un elemento essenziale del negozio: il codice dispone invece specificamente quanto e a quali condizioni il difetto di tale volontà infici il negozio giuridico e ancora quale forma di invalidità ricorra».

<sup>21</sup> Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, n. 245, secondo cui «l'alea normale indica quel rischio che il contratto comporta a causa della sua peculiarità: rischio al quale ciascuna parte implicitamente si sottopone concludendo il contratto». La ricerca del margine di incertezza (dell'alea normale) è un problema che andrebbe risolto in relazione ai singoli casi concreti. Sul punto, si rinvia a F. BONELLI, *Criteri per l'individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1996, 290.



le' solo se non poteva essere ragionevolmente prevista dalle parti al momento di conclusione dell'accordo<sup>22</sup>. Una scelta libera e consapevole tiene (ordinariamente) conto anche delle oscillazioni 'normali' del valore delle reciproche prestazioni. Soltanto una alterazione eccessiva (che sia dovuta, cioè, ad un evento imprevedibile) può determinare una menomazione della scelta libera della parte, perché non poteva essere adeguatamente computata nel calcolo costo-beneficio derivante dall'affare al momento della conclusione del contratto.

Il disequilibrio economico non assume una valenza autonoma, ma rappresenta un presupposto che, insieme ad altri indici oggettivi dotati di rilevanza giuridica, concorre all'individuazione dell'effettiva lesione del computo differenziale delle utilità e, dunque, di una volontà non più attendibile.

Il legislatore non ha certo in tal modo inteso reagire ad ogni minima oscillazione del calcolo costi-benefici posto a fondamento dello scambio. Se, da un lato, gli indici di rilevanza giuridica stabiliscono quando il 'volere' assume significato per l'ordinamento, dall'altro essi tutelano il legittimo affidamento che la controparte ripone nella certezza del rapporto giuridico contro ogni pretestuosa iniziativa della parte onerata soltanto perché il contratto sia divenuto poco conveniente. Il diritto del mercato è anche il diritto dell'autoresponsabilità. Così l'art. 1467 cod. civ. condiziona la risoluzione del contratto alla circostanza dell'imprevedibilità dell'evento dalla parte onerata. Il diritto del mercato «non soccorre, non beneficia né elargisce doni: esso, come tutela la pluralità dell'offerta e la lealtà dell'informazione, così esalta l'auto responsabilità, l'avvedutezza della scelta, il calcolo razionale della convenienza»<sup>23</sup>. L'autoresponsabilità, che permette di configurare un sistema normativo scevro da ogni impostazione eccessivamente paternalistica, impone alla parte di sopportare il «danno imputabile a lei stessa: il danno, cioè, della inerzia o della negligenza propria nella cura di un proprio interesse»<sup>24</sup>, rendendola cauta nel calcolo razionale della convenienza dell'affare, tenuto conto di tutte le sopravvenienze ordinarie e prevedibili<sup>25</sup>.

Una riflessione analoga potrebbe essere avanzata anche per l'istituto della rescissione di cui agli artt. 1447-1448 cod. civ., ove il legislatore attribuisce rilevanza giuridica al rapporto tra i valori economici delle prestazioni contrattuali, con la differenza, rispetto all'art. 1467 cod. civ., che tale squilibrio è originario e contestuale alla conclusione del contratto.

La disciplina della rescissione è stata differenziata da quella dell'eccessiva onerosità facendo cadere il punto focale sugli aspetti soggettivi della disciplina degli artt. 1447-1448 cod. civ.<sup>26</sup>. Ma se il fondamento

<sup>22</sup> L'oggettivazione dei presupposti è mostrata dalle riflessioni di A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, in part. 26 e 29, secondo il quale «la gradazione rilevante al fine dell'applicazione dell'art. 1467 è quella dell'onerosità "eccessiva". "Eccessiva" è una qualifica di senso comune, riferendosi per sua natura ad una valutazione soggettiva: non può quindi significare che un rinvio all'*equità del giudice*, che valuterà l'eccessività riferendosi alla comune esperienza ed alla coscienza sociale. Il comma 2 dell'art. 1467 dà, però, al giudice un criterio che guida e allo stesso tempo limita la sua attività di valutazione: "la sopravvenuta onerosità non deve rientrare nell'alea normale del contratto", il che è quanto dire che non può considerarsi "eccessiva" quell'onerosità sopravvenuta che vi rientri. [...] Attraverso il già delibato concetto della *normalità* o *anormalità* della variazione, si passa a quell'ulteriore requisito che è il "verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili" –. [...] Orbene, per determinare tale qualifica di anormalità, occorre risalire alla causa dell'onerosità essendo quest'ultima normale solo se determinata da una causa che non fosse né potesse essere ragionevolmente presenti alle parti al momento della stipulazione».

<sup>23</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 75.

<sup>24</sup> E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 411.

<sup>25</sup> Se l'evento sopravvenuto non integra gli elementi di rilevanza giuridica positivizzati ciò significa che o l'evento perturbatore non è stato in grado di alterare il computo differenziale dell'utilità o che la inconvenienza economica sopravvenuta del contratto è il frutto di una scelta avventata e incauta della parte onerata. In tal ultimo caso, l'ordinamento non soccorre né beneficia la parte onerata: il diritto delle sopravvenienze impone l'autoresponsabilità e l'avvedutezza della scelta della parte.

<sup>26</sup> La dottrina, in altre parole, ha considerato la rescissione o come uno strumento di reazione ad un vizio del consenso [tra gli altri, G. SCALFI, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, in *Temì*, 1949, 43 ss.; R. LUZZATTO, *La compravendita secondo il nuovo co-*



della normativa fosse da rinvenirsi in un vizio, puro e semplice, della volontà non si spiegherebbe il motivo per il quale il legislatore esclude la possibilità di domandare la rescissione per i contratti aleatori. Eppure, sembrerebbe non dubitarsi del fatto che anche un contratto aleatorio possa essere concluso in uno degli stati soggettivi ipotizzati dalle due disposizioni legislative<sup>27</sup>. A tale tendenza ‘soggettivistica’ si oppone chi<sup>28</sup>, relegando in secondo piano gli elementi soggettivi, attribuisce rilevanza, nella ricerca del fondamento, allo squilibrio tra le prestazioni contrattuali. Si aggiunge che il contraente vuole concludere il contratto (proprio perché spinto da uno stato di bisogno o di necessità), ma ciò che non vuole è evidentemente lo squilibrio tra i valori delle prestazioni<sup>29</sup>. Ma dire che la rescissione abbia unicamente la funzione di reagire al disequilibrio economico del contenuto del contratto svislaccia l’interdipendenza tra l’elemento soggettivo e le ulteriori circostanze di indole soggettiva, così come programmato dal dato positivo<sup>30</sup>.

La valorizzazione di una lettura congiunta – in sede ermeneutica – dei componenti positivizzati, quello oggettivo (del disequilibrio economico tra i valori delle prestazioni) e quello soggettivo (dello stato di pericolo o di bisogno), permette, all’operatore di diritto, di accertare l’alterazione (questa volta) originaria del calcolo differenziale delle utilità marginali che, in perdita, sconfessa la ragione più intima dello scambio, sin dal suo principio. Il contratto, in effetti, obbligatorio o traslativo che sia, non costituisce mai un astratto strumento di autodisciplina dei propri interessi, ma è, prima di tutto, un accordo diretto a garantire un certo risultato economicamente valutabile<sup>31</sup>. La disciplina codicistica è costituita sul presupposto che il contratto rappresenti il punto di divergenza della volontà dei paciscenti, i quali, attraverso quell’accordo, intendono compiere un affare che accresce il benessere di entrambi<sup>32</sup>. Affinché l’atto di autonomia privata possa raggiungere tale effetto pratico, è necessario che ciascun soggetto ‘guadagni’, non meramente in base al valore di mercato della controprestazione che ricevere, ma sulla base dell’utilità marginale che quel tipo di adempimento gli è in grado di offrire, al netto del proprio adempimento. Il che accade quando a ciascun soggetto è data la possibilità di stabilire liberamente il valore da assegnare alla propria prestazione.

---

dice, Genova, 1946, 87 ss.; A. MONTEL, *Della rescissione del contratto*, in M. D’AMELIO-E. FINZI (a cura di), *Commentario al codice civile, Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 758 ss.] o come un rimedio contro l’illecito approfittamento della parte avvantaggiata (tra gli altri, G. SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in *Giur. it.*, 1948, I, cc. 49 ss.; N. DISTASO, *I presupposti e il fondamento giuridico dell’azione generale di rescissione per lesione. La disciplina privatistica dei negozi usurari nel codice civile vigente. Poteri del giudice e offerta di «reductio ad aequitatem»*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, 131 ss.; ID., *Considerazioni intorno all’abuso dello stato di bisogno e al fondamento dell’azione generale di rescissione per lesione*, *ivi*, 99 ss.; A. CANDIAN, *Contributo alla dottrina dell’usura e della lesione*, Milano, 1946, 46 ss.).

<sup>27</sup> A. PINO, *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1224.

<sup>28</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966, 182 ss. Così anche A. BUFFA, *Sull’applicabilità dell’art 1467 cod. civ. al contratto di vitalizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, 241 ss.; A. CHIAVELLI, *Rescissione e stato di bisogno*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, IV, 228 ss.

<sup>29</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, 1011.

<sup>30</sup> Evidenza il pari rilievo degli elementi della fattispecie G. BENEDETTI, *La rescissione*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato, Il contratto in generale*, VIII, Torino, 2007, 34, secondo il quale tra stato di bisogno e sproporzione vi è un nesso situazionale, specificato dall’«approfittamento» e da un ulteriore collegamento teleologico operato dalla legge, e cioè, «per trarne vantaggio».

<sup>31</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 217 ss., secondo il quale «la volontà negoziale non è diretta agli effetti giuridici, ma ad un effetto pratico, empirico: i privati operano per realizzare finalità pratiche, economiche che l’ordinamento prende in considerazione, disponendo effetti giuridici congrui. [...] Deve ora aggiungersi che quest’intento diretto agli effetti giuridici non trova alcuna rispondenza nella realtà concreta; qui le parti si preoccupano di realizzare finalità pratiche e nemmeno si prospettano, per lo più, il carattere giuridico del negozio».

<sup>32</sup> P. SCHLESINGER, *op. cit.*, c. 230, secondo il quale l’«intuizione chiave di Adam Smith fu proprio che entrambe le parti di uno scambio possono trarne beneficio, cosicché, fin quanto la cooperazione rimane rigorosamente volontaria, ogni scambio, in linea di principio, riesce utile per tutte e due le parti».



Il disequilibrio economico originario, dunque, non riveste, di per sé, alcun significato, se – chiaramente – liberamente voluto. Esso assume rilevanza giuridica soltanto in concorso con circostanze soggettive eccezionali (stato di bisogno/pericolo). La particolare geografia del dato positivo offre all'interprete gli strumenti per apprezzare un contesto circostanziale – *estraneo alla fattispecie* – che abbia inciso negativamente sulla libera e consapevole formazione della scelta, comportando la costituzione di un rapporto sinallagmatico in perdita, in termini di utilità<sup>33</sup>.

Sia nella disciplina della rescissione del contratto concluso in stato di pericolo o bisogno che in quella della risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione lo squilibrio tra i valori delle prestazioni contrattuali assume la stessa valenza. Le due discipline giuridiche, dando rilevanza all'alterazione del contenuto economico del contratto, si occupano di offrire all'interprete indici di rilevanza giuridica di una scelta non attendibile<sup>34</sup>. Nel caso della rescissione il disequilibrio tra i valori economici delle prestazioni è originario perché l'alterazione della libertà scelta è contestuale alla conclusione del contratto. Nel caso della risoluzione per eccessiva onerosità, il disequilibrio è successivo, perché il computo del rapporto delle utilità marginali è alterato solo nella fase esecutiva del contratto da un evento non imputabile alle parti.

3. – Questa particolare lettura degli istituti che si occupano del disequilibrio originario e sopravvenuto tra i valori economici delle prestazioni contrattuali mostra come il codice vigente, il cui impianto si riallaccia alla codificazione ottocentesca, riflette in gran parte i principi dell'economia liberale, ma con alcuni temperamenti, di cui si rende necessario un approfondimento. I principi liberali sono emersi come una reazione ad un sistema economico teso a restringere la circolazione della ricchezza a favore solo di particolari categorie di soggetti. La massima espressione di tali principi trova oggi riscontro sicuramente nell'art. 1322 cod. civ., secondo cui le parti sono libere di determinare il contenuto del contratto e, quindi, anche il valore economico da assegnare alle prestazioni. Sia pure entro i limiti previsti dalla legge, tale libertà rappresenta la regola. Per la concezione liberale classica, l'autonomia privata assurgeva a vero e proprio dogma; un'espressione, cioè, della libertà individuale nei confronti di ogni ingerenza dello Stato negli assetti sostanziali convenuti<sup>35</sup>. I 'limiti esterni' positivizzati avevano solo il fine di garantire l'uguaglianza formale delle parti negoziatrici<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Per G. BENEDETTI, *op. cit.*, 45, le circostanze rilevanti di indole soggettiva «incidono su una *condizione* della contrattuale costituita dalla libertà contrattuale e più specificamente dalla *posizione di parità dei contraenti*». Escludendo un vizio strutturale, l'a. evidenzia come l'accordo sia viziato «nei presupposti o nelle *condizioni della contrattualità, libertà e parità*, e il vizio deve essere tale da indurre esiti di *misura* abnorme, che la legge fissa a oltre la metà (*laesio enormis*)».

<sup>34</sup> Dall'identità di *ratio* tra l'art. 1467, comma 1, cod. civ. e gli artt. 1447-1448 cod. civ. corrisponde anche una un'identità funzionale tra l'art. 1467, comma 3, cod. civ. e l'art. 1450 cod. civ. Il legislatore con l'offerta di modificazione del contratto ha inteso predisporre un istituto in grado di ricostruire l'adeguatezza (non già la proporzionalità) tra i valori economici delle prestazioni. La rimodulazione dei termini contrattuali è 'adeguata' qualora sia in grado di attribuire nuovamente alle parti un *surplus* di utilità corrispondente a quella che sarebbe stata la scelta libera e consapevole se non fosse stata alterata dallo stato di bisogno/pericolo (in caso di rescissione) o dalla sopravvenienza (in caso di eccessiva onerosità della prestazione). In tale ottica il *recondurre ad aequitatem* non deve essere finalizzato a ristabilire un (fantomatico) equilibrio tra le prestazioni contrattuali, ma uno scambio utile ed ottimale, in modo tale che entrambi i soggetti possano nuovamente (nel caso dell'art. 1467, ult. cpv., cod. civ.) o per la prima volta (nel caso dell'art. 1450 cod. civ.) ottenere un'utilità maggiore rispetto a quella che essi perdono adempiendo la propria prestazione.

<sup>35</sup> Per un quadro più generale in riferimento alla cultura giuridica italiana si rinvia a R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, 309 ss.

<sup>36</sup> Sull'origine storica e ideologica dell'autonomia privata, ricondotta al dogma della volontà e alla prospettiva individualistica, si rinvia a P. PERLINGIERI, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Vol. IV, Napoli, 2020, 1 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Volontà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1046 ss.; G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, 31 ss.



Successivamente al periodo del dirigismo politico<sup>37</sup>, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, le riflessioni del dibattito si sono raccolte intorno ad una lettura costituzionalmente orientata del diritto privato e dell'autonomia negoziale, anche ponendola in relazione alle norme della Carta che garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo<sup>38</sup>. Tale lettura ha permesso di apprezzare l'autonomia privata come espressione della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41, comma 1, Cost.: i privati possono regolamentare i propri interessi mediante lo strumento contrattuale nei limiti dell'utilità sociale<sup>39</sup>.

Ancora oggi, tuttavia, le riflessioni sul rapporto tra l'autonomia privata e l'ordinamento non paiono sopite<sup>40</sup>. A ben vedere il principio dell'autonomia contrattuale non è espressamente garantito dalla Costituzione, né il tentativo di radicare una garanzia implicita dell'autonomia privata nei diritti inviolabili dell'uomo ha avuto seguito dal punto di vista esegetico<sup>41</sup>.

Nell'ambito dei rapporti patrimoniali, l'autonomia contrattuale riceve soltanto una garanzia indiretta, in quanto strumento di esercizio della libertà di iniziativa economica<sup>42</sup>. Inoltre, l'atto unico europeo ha sicuramente direzionato la politica economica in un senso decisamente più liberale<sup>43</sup>, con un liberismo che, tuttavia, si distacca dalla sua matrice ottocentesca. Invero, i postulati del liberismo borghese, che hanno ispirato le codificazioni dell'Ottocento, si basano su regole costanti per conseguire i profitti e sulla constatazione di un guadagno sempre prevedibile, razionalizzabile e controllabile secondo delle leggi interne che rispondono, principalmente, alla logica di un sistema economico indipendente dagli interventi statali. Tali principi, tuttavia, sono stati formulati in base ad un modello di mercato che difficilmente ricorre nella realtà. L'attuale politica economica dell'Unione europea è consapevole che le cause che ostacolano il perfetto funzionamento del mercato – tralasciando la rilevanza circa la distribuzione dei beni – siano, oggi, rinvenibili nei fattori che limitano l'effettiva libertà e consapevolezza nella scelta dei contraenti<sup>44</sup>. Nell'attuale sistema economico, l'autonomia negoziale è la libertà individuale delle parti di darsi un regolamento di interessi sul quale con-

<sup>37</sup> In tale contesto l'autonomia privata risulta, invece, per lo Stato autoritario un utile strumento per funzionalizzare l'attività di iniziativa economica alla realizzazione degli obiettivi sociali ed economici del regime, subordinando l'interesse individuale a quello della società nazionale. Sul punto cfr. E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Dir. comm.*, 1940, 222 ss.

<sup>38</sup> Per un maggiore approfondimento si rinvia a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., 31 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 32 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, 423 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971, passim.

<sup>39</sup> Per S. GATTI, op. cit., 440, l'utilità sociale andrebbe identificata nel «conseguimento del bene comune, che s'identifica nella massima produzione dei beni con mezzi dati e nella giusta distribuzione della ricchezza».

<sup>40</sup> Cfr. V. GAZZONI, op. cit., 781, il quale dopo aver dato una definizione di «autoregolamentazione dei propri interessi» sostenendo che è autonomo «chi può decidere sul se e sul come perseguire e raggiungere un certo scopo», afferma che in termini giuridici «il problema è quello di verificare il rapporto che sussiste tra *autonomia* e *ordinamento*, cioè a dire tra volontà del privato e volontà della legge, nel senso di accertare come, quando e a quali condizioni i privati possono giuridicizzare una data operazione economica, in tal modo producendosi effetti non solo da un punto di vista economico e sociale ma anche sul piano giuridico con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine alla tutela giudiziaria in caso di inadempienza ai patti raggiunti».

<sup>41</sup> Sul punto cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 2, secondo il quale l'art. 2 Cost. «si riferisce ai diritti inviolabili originari della persona umana, preesistenti all'ordinamento positivo e da questo riconosciuti e incorporati come proprio fondamento etico-materiale. A questa categoria sono riconducibili soltanto le manifestazioni concrete dell'autonomia privata che sono all'origine di alcune delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2, nelle quali si svolge la personalità dei singoli: la famiglia fondata sul matrimonio e le associazioni liberamente costituite per scopi leciti».

<sup>42</sup> La mancata costituzionalizzazione del principio dell'autonomia contrattuale riflette l'ideologia dominante nell'Assemblea costituente del 1946 che, pur ripudiando l'indirizzo corporativista del regime autoritario, ne conservava lo strumento dirigistico in funzione di una programmazione economica democratica, contenendo, in linea di massima, l'intervento pubblico nell'economia alle sole funzioni di controllo e regolamentazione di mercato. Così L. MENGONI, op. cit., in part. 2-3.

<sup>43</sup> Si rinvia, sul punto, a L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo: cittadinanza, libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*, Milano, 2012, passim.

<sup>44</sup> R. LANZILLO, op. cit., 318.



vergono volontà consapevoli ed effettivamente libere. L'aggettivo qualificativo 'negoziale' accostato al sostantivo 'autonomia' implica che il contenuto del contratto è 'negoziato' tra le parti, cioè discusso e trattato consapevolmente tra esse<sup>45</sup>.

In questo contesto, l'autoderminazione non va intesa come il potere di influire sul contenuto del contratto ottenendo condizioni oggettivamente equivalenti, ma come libertà di decidere su determinate condizioni sulle quali la controparte concorda<sup>46</sup>. L'intervento pubblicistico è limitato solo alla rimozione degli ostacoli che impediscono l'ottimale funzionamento del mercato e, soprattutto, dei limiti del contratto che, quale strumento del sistema, permette di incrementare la ricchezza. Questo significa, da un lato, promuovere le intrinseche attitudini del mercato a produrre ricchezza e benessere in conformità all'«utilità sociale»<sup>47</sup> e, dall'altro, correggere con misure appropriate circostanze pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche individuali<sup>48</sup>. Sotto questo profilo, la «libertà [...] umana» – garantita e difesa dall'art. 41, comma 2, Cost. – assume i connotati della «libertà di scelta», della «capacità di adottare una decisione consapevole»<sup>49</sup>.

Il diritto non prescrive programmaticamente gli scopi dei singoli atti, né impone una conformazione, ispirata alla simmetria, del contenuto economico dei contratti; il nuovo mercato – che l'ordinamento italiano pone al centro dell'attività legislativa – promuove la tutela della libertà e della consapevolezza delle scelte individuali. È solo tutelando la libertà di scelta che è possibile, *a fortiori*, promuovere uno scambio che incrementi il benessere utilitaristico per entrambe le parti. L'ordinamento non resta impotente di fronte alla neutralità del mercato, né si limita a garantire e proteggere dall'esterno che l'umana natura si svolga, negli affari del mercato, nel rispetto della dignità della persona. 'Persona' e 'mercato', parole cariche di significato valoriale, vengono 'laicizzate' dalla positività delle norme, da un lato, valorizzando la specificità e la determinatezza dei singoli interessi che compongono la persona umana e, dall'altro, governando le relazioni economiche attraverso un istituto giuridico<sup>50</sup>. Entrambi i processi esprimono la politicità del tempo delle decisioni legislative<sup>51</sup>. E le più attuali *scelte politico-legislative*<sup>52</sup> di carattere economico, nelle loro diverse forme, attribuiscono rilievo sistematico a circostanze che limita-

<sup>45</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 72.

<sup>46</sup> L. MENGONI, *op. cit.*, 19.

<sup>47</sup> L'interesse individuale (e, quindi, l'autonomia privata) tollera, pertanto, delle limitazioni quando ciò sia richiesto «per tutelare e garantire interessi più vasti e rendere possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento di beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva» (V. GAZZONI, *op. cit.*, 794.). La dottrina ha anche ricercato nel sistema ordinamentale un valore unitario da attribuire all'«utilità sociale», facendo riferimento agli interessi a rilievo sociale, assunti come propri dal legislatore, che nel settore dei rapporti economici emergono sul piano formale accanto a quelli del soggetto che esercita l'attività nell'ottica di ricercare un loro equilibrio. Per un maggiore approfondimento cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, in part. 81–83).

<sup>48</sup> L. MENGONI, *op. cit.*, 3.

<sup>49</sup> N. IRTI, *op. cit.*, 71.

<sup>50</sup> Sul punto, cfr. N. IRTI, *op. ult. cit.*, 67, secondo il quale «le due forme, con le quali il diritto si appropria di persona e di mercato, e ne dispiega i 'valori' nella concretezza mediatrice della legge, consistono, dunque, nella *selezione analitica degli interessi* (considerati, di caso in caso, meritevoli di tutela) e nella *costruzione artificiale del mercato*».

<sup>51</sup> Cfr. L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, in part. p. 156, secondo il quale: «l'ordine dell'economia deve essere il risultato di una decisione consapevole della comunità politico-economica, e in questo senso si traduce nel concetto di 'costituzione economica'».

<sup>52</sup> Sul mercato come *locus artificialis* si veda N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, 2020, 72 ss., secondo il quale la «tecnica dell'artificialità ha dietro di sé, direttrici e orientatrici, le *scelte di politica economica*: se liberismo o protezionismo, se intervento dello Stato o autonomia privata, se controllo nazionale o apertura ai capitali stranieri e così seguitando. Il diritto non riceve e accoglie in sé un mercato istituito per natura, ma *con-forma il mercato*, lo fa ciò che è sotto un dato regime politico in una data epoca storica».



no, escludono o alterano la consapevolezza delle decisioni economiche sottostanti alla conclusione di un contratto<sup>53</sup>.

La tutela della libertà di scelta si arricchisce di nuove prospettive anche sulla base dell'accresciuta sensibilità dei consumatori per un nuovo paradigma di mercato sostenibile che sia in grado coniugare la produttività con le istanze ambientali e sociali connesse ai bisogni delle generazioni future<sup>54</sup>. Il riferimento è soprattutto alla 'pubblicità ambientale' (cc.dd. *green claims*), ossia quegli annunci pubblicitari che tendono a presentare un prodotto come *ecofriendly*. Affinché le scelte di acquisto siano autenticamente consapevoli, esse devono essere orientate da una corretta informazione circa la qualità ambientale dei prodotti<sup>55</sup>. Su tali premesse, la proposta legislativa del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>56</sup> di modificare la direttiva 2005/29/CE ha come obiettivo l'aggiornamento della normativa sulle pratiche commerciali scorrette<sup>57</sup> al fine di consentire al consumatore di compiere scelte di acquisto consapevoli e, al tempo stesso, rispettose dell'ambiente, rafforzando la loro tutela nei confronti di dichiarazioni sulla sostenibilità inattendibili o ingannevoli. Questo sta a dimostrare che anche i più recenti programmi legislativi di livello europeo, nell'ampliare la lista delle nuove pratiche commerciali sleali in merito alle caratteristiche dei prodotti che hanno un impatto ambientale e sociale, siano direzionate alla creazione di un quadro normativo che garantisca al consumatore di assumere una quanto più consapevole decisione di natura commerciale.

Nell'attesa della definizione di una normativa armonizzata, soccorre, al di fuori della tematica dei *green claims*, l'esegesi delle norme positive ad evidenziare l'attenzione che il legislatore rivolge a circostanze che, pur non 'toccando' quel consenso propriamente considerato dai vizi della classica tripartizione codicistica,

<sup>53</sup> Per G. BENEDETTI, *op. cit.*, 48, è possibile disegnare con chiarezza uno *spazio giuridico esterno alla fattispecie*, attenzionato dal legislatore, in cui si collocano comportamenti giuridicamente rilevanti delle parti e anche situazioni, fatti, qualificazioni rilevanti, anteriori e successivi alla conclusione del contratto.

<sup>54</sup> La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi «anche nell'interesse delle generazioni future» è oggi sancita anche dall'art. 9 Cost., introdotta dalla l. cost. n. 1 dell'11 febbraio 2022, in G.U. n. 44 del 22 febbraio 2022. Per i primi commenti, tra gli altri: R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022. Problemi e prospettive*, in *Ann. Giur. econ.*, 2022, 7 ss.; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Amb. dir.*, 2022, 118 ss.; C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale «dell'ambiente»: un profilo critico*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 119 ss.

<sup>55</sup> Sul problema delle certificazioni si rinvia a R. CADENAZZI, *Le certificazioni ambientali ed il Nuovo Codice dei contratti*, in *ambienteditto.it*, 2020, 163 ss.; A. REDA, *L'«Ecolabel» al crocevia tra ambiente e sviluppo*, *Riv. quadr. Dir. amb.*, 2020, 147 ss.; Cfr. altresì A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, in G. GROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 206, secondo il quale l'importanza della diffusione delle certificazioni «manifesta la specifica rilevanza che nel contesto della società del rischio e dell'incertezza assumono i meccanismi informativi diretti a generare la fiducia dei consumatori o utenti nei rapporti economici di scambio».

<sup>56</sup> Proposta di dir. del 30 marzo 2022 del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive CE 2005/29 e UE 2011/83, in *eur-lex.europa.eu*. Per un primo commento, cfr. M. TOMMASINI, *Green Claim e sostenibilità ambientale. Le tutele ed i rimedi apprestati dall'ordinamento contro le pratiche di greenwashing*, in *Dir. fam. e pers.*, 2023, II, 865 ss.

<sup>57</sup> La nozione di «pratica commerciale scorretta» si riferisce a tutti i contegni attivi o omissivi in contrasto con la diligenza professionale, intesa come «specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività» (art. 18 cod. cons.). Sul tema tornano da ultimo C. GRANELLI, voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, G. D'Amico (diretto da), Milano, 2021, 825 ss.; F. BERTELLI, *Profili civilistici del dieselgate. Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Napoli, 2021, 93 ss.; L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020, 152 ss. Sui rimedi esperibili nei confronti delle pratiche commerciali scorrette si rinvia, tra gli altri, a C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obb. Contr.*, 2010, 408 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 880 ss.; V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali. Profili ricostruttivi*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, 346 ss.; A. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr.*, 2018, 689 ss.; D. MATERA, *Le pratiche commerciali scorrette e il sistema dei rimedi*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2019, 621 ss.



siano comunque tali da menomare la consapevolezza e la razionalità della decisione individuale. Ad esempio, per il caso in cui un soggetto abbia fisiologicamente a disposizione meno informazioni rispetto ad una controparte professionalmente qualificata<sup>58</sup>, l'ordinamento richiede di colmare tale *gap* mediante 'forme negoziali' che consentono di comunicare informazioni precontrattuali sul contenuto minimo ed essenziale del contratto<sup>59</sup>.

Per la dottrina paiono addirittura maturi i tempi per rinvenire nella legislazione più recente «nuovi vizi del consenso» positivizzati<sup>60</sup>. Il tratto che accomuna queste nuove fattispecie è la presenza di un abuso che incide sulla libera formazione del consenso, tale da indurre la controparte a concludere un contratto a condizioni diversificate da quelle che sarebbero state convenute in un contesto fisiologico.

L'ordinamento non si esime da un intervento di stampo più 'paternalistico': la disciplina del Codice del consumo dispone la nullità delle clausole vessatorie, cioè quelle clausole che «determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 33)<sup>61</sup>. Ma l'accertamento della vessatorietà non può riguardare l'«adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi» (art. 34, comma 2). E sebbene forse l'interesse maggiore del consumatore sia quello di non subire un pregiudizio economico, l'insindacabilità del prezzo determinato originariamente dal professionista e accettato dal consumatore, anche gravosamente sproporzionato rispetto al bene o al servizio reso, è giustificata dall'evenienza che il consumatore abbia espresso una scelta libera e consapevole<sup>62</sup>, anche desumibile dal fatto di porsi al-

<sup>58</sup> Il riferimento è all'art. 23 TUB che impone al professionista di rispettare una c.d. 'forma informativa' in funzione della protezione degli interessi dell'investitore. Sul tema si rinvia, senza pretesa di esaustività, a C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 741 ss.; R. NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Le società*, 2018, 485 ss.; A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto «monofirma»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 658 ss.; S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, in *Contr.*, 2018, 143 ss.; G. LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *Contr. impr.*, 2018, 217 ss.; ID., *La «forma informativa» innanzi alle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, cc. 2740 ss.

<sup>59</sup> Cfr. E. GABRIELLI-A. ORESTANO, voce *Contratti del consumatore*, in *Dig. it., Sez. priv., Agg.*, I, Torino, 2003, 235, secondo i quali proprio «previsione, accanto alla forma scritta, di un "contenuto minimo", sembra dover dare la misura della funzione informativa che le "nuove forme" sono chiamate ad assolvere, contribuendo a segnare, al contempo, la distanza rispetto al tradizionale inquadramento della disciplina riservata alle forme negoziali. Il tutto pare sottolineato nelle ipotesi in cui si prevede che una copia del contratto debba essere consegnata al consumatore».

<sup>60</sup> Il riferimento è A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi «vizi del consenso»*, in *Contr. impr.*, 2018, in part. 148 e 158, secondo i quali «Il nostro codice limita i vizi del consenso a errore, violenza, dolo, incapacità; ed il loro rimedio all'annullabilità. Ma questa scelta confrontata con la tradizione risulta riduttiva. [...] Nella storia infatti l'area di rilevanza dei vizi ed il novero dei rimedi erano più ampi. E nel mercato contemporaneo nuovi «vizi» si affacciano, per i quali nuovi rimedi si richiedono. Ne nasce una domanda: è ora di andare oltre quelle regole?»

<sup>61</sup> Senza pretesa di esaustività, si rinvia a F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837 ss.; A. DI MAJO, *Clausole abusive e regimi protettivi*, in G. ALPA-S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, II, Milano, 1997, 799 ss.; A. FICI, sub art. 33, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, IV, Artt. 1425-1469 bis c.c. e leggi collegate, Torino, 2011, 753 ss.; S. PAGLIANTINI, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuori dei locali commerciali: il nuovo corso della Corte di Giustizia*, in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 245 ss.; R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 529 ss.; G. SMORTO, *Il principio di buona fede nella disciplina delle clausole abusive*, ivi, 1999, 104 ss.

<sup>62</sup> Cfr. F. BERTELLI, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Torino, 2022, 64, secondo la quale l'«asimmetria informativa che tale disciplina cerca di superare è ancora intesa in termini individualistici: il legislatore assume che nel caso di specie la predisposizione unilaterale delle clausole abbia indotto il professionista ad approfittare della sua situazione di vantaggio per generare un "significativo squilibrio" tra le prestazioni, ma lascia aperta la possibilità della prova di una "trattativa individuale" che, permettendo l'accertamento dell'adeguata trasmissione di informazioni rilevanti, rende quello squilibrio senz'altro legittimo, ancorché immutato nei suoi profili contenutistici».



l'interno di un mercato concorrenziale che gli avrebbe consentito di acquisire il medesimo bene o servizio ad un prezzo più basso da un diverso imprenditore<sup>63</sup>.

La legge 18 giugno 1998, n. 19, prevedendo all'art. 9 il divieto di abuso di dipendenza economica, offre un ulteriore strumento di tutela nelle relazioni tra imprese qualora una delle parti, mostrandosi capace di abusare dello stato di dipendenza economica dell'altra, determini nel rapporto commerciale un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi. L'equilibrio diviene, dunque, oggetto di valutazione. Ma l'istituto dà rilevanza allo squilibrio soltanto quando sia frutto di una condotta contraria alla buona fede oggettiva. Il mero disequilibrio dei termini contrattuali, sia esso di natura strettamente economica o normativa, non è sufficiente a generare una reazione dell'ordinamento<sup>64</sup>. Questo perché nei contratti in cui entrambe le parti siano imprenditrici, accanto all'esigenza di evitare fenomeni abusivi, l'ordinamento intende garantire un mercato quanto più possibile aperto e flessibile<sup>65</sup>. Riflessioni, queste, che confermano – come già autorevolmente sostenuto – che il diritto dei contratti registra un significativo passaggio: «dall'impossibilità di sindacare la congruità dello scambio al di là di ipotesi tipiche, ad un uovo assetto ove non è rilevante lo squilibrio in sé, ma in quanto frutto di un abuso o di un contegno in mala fede»<sup>66</sup>.

4. – È in questo quadro sistematico che è possibile comprendere il riferimento al disequilibrio economico tra le prestazioni operato dai diversi istituti giuridici. Al di fuori delle ipotesi tassative in cui l'equilibrio assume un valore da tutelare, l'atteggiamento dell'ordinamento mostra una tendenziale irrilevanza per il procedimento di costruzione del rapporto di reciproca convenienza tra le prestazioni, a meno che lo squilibrio economico, quale indice di rilevanza giuridica, svolga – unitamente a diverse circostanze positivizzate – la funzione di indizio rivelatore di una alterazione della libertà di scelta e dell'apprezzamento soggettivo circa le rispettive utilità marginali che derivano dallo scambio.

<sup>63</sup> P. SCHLESINGER, *I mercati «neri»*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 187 ss.

<sup>64</sup> Altresì, se la normativa sulla subfornitura avesse avuto il fine di tutelare l'equilibrio economico del contratto, al giudice sarebbe stato attribuito il potere di rimodulare il contenuto del contratto. Proprio in riferimento alle tutele che l'ordinamento mette a disposizione al giudice e alle tecniche di cui questi è autorizzato, V. PESCATORE, *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico*, cit., 169, rileva che «[è] vero che l'abuso può anche consistere in una condotta dell'imprenditore (rifiuto di vendere o comprare, interruzione delle relazioni commerciali); ma le conseguenze investono "il patto" nel quale sia attua lo squilibrio, che si realizza, ancora, tra diritti ed obblighi delle imprese. Di tale patto è stabilita la nullità».

<sup>65</sup> In tal senso T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 352 ss. Si veda, altresì, C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, 46, secondo il quale anche il comma 2 dell'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 19 che si riferisce «a condizioni contrattuali eccessivamente gravose o discriminatorie» è esemplificativo di una manifestazione di un comportamento abusivo perpetrato dall'impresa dominante. *Contra* A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura delle attività produttive*, 1998, 342, secondo cui la disciplina sull'abuso di dipendenza economica si occupa di tutelare l'equilibrio economico del contratto perché a differenza dell'ambito dei consumatori in cui la tutela della regolarità dello scambio garantisce anche la congruità del contenuto economico contrattuale, nell'ipotesi in cui vi è dipendenza economica l'impresa non è in grado di esprimere liberamente la propria autonomia contrattuale necessaria per assicurare l'effettività di quanto voluto. La letteratura scientifica sull'abuso di dipendenza economica è vasta, pertanto, senza pretesa di esaustività, si rinvia per un maggiore approfondimento della tematica generale a V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020; M. NATALE, *In tema di abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2019, cc. 2965; A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.*, 2015, 1264 ss.; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, 2013, 1 ss.; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, in A. CATRICALÀ-E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, 271 ss.; ID., *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, 899 ss.; ID., B. LIBONATI-A. GAMBINO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; T. CAPURRO, *Abuso di dipendenza economica e rifiuto di contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 976 ss.; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

<sup>66</sup> G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 37.



Le scelte di politica legislativa dimostrano che l'attuale sistema politico-economico, nella generalità dei casi, non si preoccupa di tutelare l'equilibrio economico del contratto. Il legislatore, semmai, utilizza il disequilibrio dei valori tra le prestazioni come 'campanello d'allarme' dell'insussistenza dei presupposti che condizionano la consensualità dello scambio e, cioè, della mancanza di quelle condizioni naturali in presenza delle quali le decisioni dei privati possono considerarsi effettivamente libere e consapevoli.

In tali circostanze ciò che il legislatore ha voluto tutelare è la libertà economica di scegliere consapevolmente i valori da attribuire alle prestazioni contro stati soggettivi eccezionali, sopravvenienze o comportamenti abusivi che sono in grado di alterare la consapevolezza delle decisioni.

Laddove il disequilibrio non sia il frutto di una scelta libera e consapevole, quanto piuttosto di una patologia di quella stessa volontà, il diritto è chiamato a porvi rimedio.

E tale indirizzo espresso in via generale dalla politica legislativa sembrerebbe essere accolto, sia pur implicitamente, dalla giurisprudenza.

Ad esempio, il diritto applicato<sup>67</sup>, accogliendo la teoria dei 'vizi incompleti'<sup>68</sup> basata sulla differenziazione delle regole di validità rispetto a quelle di condotta<sup>69</sup>, ha consentito un'applicazione generalizzata del rimedio risarcitorio, pur a fronte della validità del contratto, per quei danni provocati dall'altrui scorrettezza *in contrahendo* tale da indurre una delle parti alla conclusione di un contratto dalla minor convenienza economica<sup>70</sup>. Attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, il disequilibrio economico tra i valori delle prestazioni contrattuali che sia frutto di una violazione di una regola di condotta trova un rimedio nel risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale. La prospettiva della giurisprudenza non è, tuttavia, diretta a sanzionare l'atto in quanto costitutivo di un contenuto economico che non rispecchia una perfetta simmetria tra i valori delle prestazioni contrattuali. Essa, piuttosto, valorizza il risarcimento del danno per

<sup>67</sup> Cfr. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con nota di V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*. Il riferimento è anche e soprattutto alle sentenze delle Sez. Un. civ., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, che hanno dato impulso a numerosissimi commenti: si segnalano, tra gli altri, A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, 393 ss.; V. SANGIOVANNI, *Commento a Cass. S.U. 19 dicembre 2007 n. 26724 e 26725*, *ivi*, 231 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 445 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss.

<sup>68</sup> Sulla qualifica dei vizi incompleti si rinvia a M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedi risarcitori*, Torino, 1995, 187, secondo la quale per vizio incompleto si fa riferimento a tutte quelle circostanze che «si collocano al di sotto della soglia che vale a determinare le ipotesi legali di vizio e rispetto alle quali il ricorso al rimedio invalidatorio è escluso: situazioni, tuttavia, in cui l'assetto di interessi che risulta dal contratto, si rivela "squilibrato" a danno di uno dei contraenti in ragione della scorrettezza *in contrahendo* dell'altro».

<sup>69</sup> Tra i primi contributi monografici cfr. G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996. Sull'argomento si rinvia, *ex multis*, a M. RINALDO, *La questione de rapporto tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. notariato.*, 2019, 63 ss.; F. MARONE, *Sul cosiddetto principio di «non interferenza tra regole di comportamento e di validità»*. Osservazione a proposito di un recente libro, in *Foro nap.*, 2015, 385 ss. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento. I principi ed i rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 599 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. e contr.* 2008, 104 ss.; ID., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. pr.*, 2003, 241 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, cc. 1107 ss.

<sup>70</sup> Contro la paventata ipotesi che l'ampliamento dei vizi del consenso avrebbe l'effetto di minare il significato proprio della disciplina positiva dei vizi, parte della dottrina ha sostenuto che ciò «non vale a ritenere in ogni caso irrilevanti per il diritto quelle alterazioni patologiche del volere, determinate da una condotta contraria a buona fede e, tuttavia, non riconducibili ai vizi invalidanti "nominati" dal legislatore, che possono invece assumere incidenza in chiave risarcitoria; lasciando così inalterata, ed anzi rafforzata, la distinzione tra il momento genesi dell'accordo ed il successivo momento esecutivo» (F. TINTI, *La convenienza economica nel contratto*, Torino, 2016, 153).



orientare la condotta in *contrahendo* alla correttezza, perché prodromica alla formazione di una quanto più accurata consapevolezza sui valori (soggettivi) da assegnare alle prestazioni contrattuali. La protezione giuridica prevista dall'art. 1337 cod. civ. non è volta ad eliminare l'illecito. Il contratto è frutto di accordo che la vittima avrebbe comunque concluso, ma a condizioni diverse. Con l'art. 1337 cod. civ. il giudice né elimina dal mondo giuridico il contratto, né (ri)determina il contenuto economico del negozio. Il diritto applicato reprime una condotta distorsiva del processo formativo della volontà negoziale che, indipendentemente dalla validità dell'atto, abbia determinato un disequilibrio economico. Anche nel contesto giurisprudenziale, dunque, l'alterazione del rapporto tra i valori economici delle prestazioni contrattuali è attenzionato soltanto quando sia patologico, ossia il risultato di un'alterazione della libertà di scelta – determinata da una condotta contraria a buona fede – sebbene non riconducibile ad uno dei vizi tipici del consenso.

Questa posizione è confermata anche dall'uso sempre più rigoroso da parte della giurisprudenza del concetto giuridicamente rilevante della meritevolezza degli interessi. Negli ultimi anni, infatti, l'art. 1322, comma 2, cod. civ. è stato sì utilizzato dal diritto applicato come uno strumento giudiziario di controllo del contenuto del contratto e dell'autonomia privata<sup>71</sup>, ma il ricorso a tale istituto ha avuto il precipuo fine di innalzare il livello di tutela nei confronti di operazioni economiche in contrasto con i principi che il dettato costituzionale predispone a fondamento dei rapporti intersoggettivi, quali i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione di cui all'art. 2 Cost<sup>72</sup>.

Un primo utilizzo in tal senso dell'art. 1322, comma 2, cod. civ. ha avuto ad oggetto le cc.dd. *claims made* impure contenute all'interno dei contratti di assicurazione per responsabilità professionale. Un regolamento d'interessi che contiene clausole che subordinano l'indennizzo alla circostanza che sia il danno sia la richiesta per il risarcimento avvengano sotto la vigenza del contratto (i.e. un rapporto decisamente 'squilibrato') è considerato immeritevole perché riflette un abuso di potere contrattuale del contraente professionale, in danno della parte debole – in ragione del peculiare bisogno che ha indotto quest'ultima a contrattare –<sup>73</sup>.

La Cassazione<sup>74</sup> ha considerato immeritevoli anche i contratti «For you»<sup>75</sup>, ove lo squilibrio abnorme tra le prestazioni contrattuali è il frutto della promessa di raggiungere un beneficio economico futuro ai fini pre-

<sup>71</sup> La 'meritevolezza' non si risolve più nella valutazione di 'liceità' di cui all'art. 1343 cod. civ. Ma sebbene la 'causa' e la 'meritevolezza' siano categorie concettuali da tener distinte, non è possibile rinnegare una loro reciproca interferenza. Sul punto, cfr. M. BATTAGLIESE, *Il difficile duetto della causa «immeritevole» (tra nullità e inefficacia) e l'autonomia degli effetti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 170, secondo la quale la meritevolezza «non è, a differenza della causa, un elemento del negozio giuridico bensì un mero criterio di giudizio [...]». A tale stregua 'causa immeritevole' è un aggettivo e non una categoria, la quale, piuttosto, sarà sempre ravvisabile nella causa lecita o illecita, e le conseguenze della causa lecita ma non meritevole di tutela saranno disciplinate dalle regole la cui violazione ha reso il negozio immeritevole di tutela». La distinzione dalla 'liceità' ha, tuttavia, indotto parte della dottrina a rinvenire nella 'meritevolezza' un giudizio 'in positivo', volto a verificare il grado di attuazione dei principi apicali che disciplinano il contratto da parte dell'autonomia privata. Sul punto, cfr. P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione», *degli atti di autonomia privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 213 ss.; M. PENNASILICO, *Dal «controllo» alla «conformazione dei contratti»*, in *Contr. impr.*, 2020, 844 ss.

<sup>72</sup> Più nello specifico, un contratto è immeritevole di tutela quando: abbia lo scopo di attribuire ad una parte un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra; produca l'effetto di porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra; costringe una di esse a tenere una condotta contrastante con i superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti. Così Cass. civ., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 815 ss., con osservazioni di G. FACCI, *Le clausole claims made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di cause*.

<sup>73</sup> Così A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, 145. Per un maggiore approfondimento delle clausole *claims made* cfr., tra gli altri, M. D'AURIA, *La «riscrittura giudiziale dei contratti». Il caso delle claims made*, in *Corriere giur.*, 2021, 773 ss.; ID., *Ancora sulle claims made: profili critici*, *ivi*, 2021, 193 ss.; G. COLOMBO, *Claims made tra meritevolezza e adeguatezza: la claims made mista è inadeguata?* in *Danno e resp.*, 2020, 262 ss.; P. CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 901 ss.

<sup>74</sup> Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Giur. it.*, 2016, 852, con nota di G. VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di rego-*



videnziali radicalmente disattesa non già dall'andamento imprevedibile dei mercati finanziari, quanto piuttosto dalle stesse regole contrattuali costituite in modo tale da esporre esclusivamente il cliente a conseguenze svantaggiose, a tutto favore per l'intermediario che invece lucra sugli interessi del mutuo.

Lo stesso è a dirsi per i contratti derivati I.R.S. (cc.dd. swap)<sup>76</sup>: l'interesse perseguito dalla banca di conseguire un beneficio economico (di per sé legittimo) cessa di essere meritevole di tutela con un'alea interamente addebitata a carico del cliente, perché in grado di svincolare completamente la scommessa sul futuro andamento dei tassi di interessi capaci di apportare una qualche utilità a quest'ultimo.

Più di recente la Suprema Corte<sup>77</sup>, soffermandosi su un contratto di *leasing* contenente una clausola di doppia indicizzazione, ha aggiunto ai precedenti orientamenti ulteriori coordinate per identificare i caratteri della non 'meritevolezza'. La Cassazione ha avvertito che un contratto aleatorio e/o squilibrato non è di per sé immeritevole di tutela. Quanto al primo profilo, non è inibito alle parti né stipulare contratti aleatori atipici, né inserire elementi di aleatorietà in un contratto commutativo. In merito al secondo, neppure può dirsi immeritevole un contratto per la semplice differenza tra i valori economici delle prestazioni, se essa sia stata compresa e accettata liberamente dalle parti. Il giudizio di 'immeritevolezza' di un contratto va compiuto in concreto e, cioè, accertando la contrarietà del risultato cui esso mira ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione. La meritevolezza, dunque, non obbliga le parti a costituire un rapporto simmetrico tra i valori delle prestazioni, ma soltanto a garantire che l'atto di autonomia privata non sia stata l'occasione per perpetrare una condotta prevaricatrice producendo un ingiusto ed esclusivo profitto a favore – unicamente – di una delle parti. Sindacando la 'sproporzionalità' del vantaggio non si contraddice il portato dell'art. 1322 cod. civ., né si incrementa il pericolo di un'eccessiva ingerenza e arbitrarietà della magistratura nell'affare privato. Nella pronuncia il giudizio di 'immeritevolezza' non ha avuto oggetto il contenuto in sé del contratto o la sua convenienza; tant'è che gli stessi giudici riconoscono come l'ordinamento non richieda una paritaria e perfetta equivalenza tra le contrapposte prestazioni. Lo iato che può sussistere tra prestazione e controprestazione non rende 'immeritevole' di tutela il contratto se tale rapporto sia stato accettato e compreso in piena libertà e autonomia. L'intervento del giudice su un contratto che manifesta un rilevante squilibrio non può che essere eccezionale, e ciò accade quando il negozio riporti una grave sproporzione tra i valori delle prestazioni contrattuali che sia, al contempo, ingiusta, perché frutto di un consenso prevaricato. Ancora una volta, uno strumento tradizionale del quadro positivo è utilizzato dalla giurisprudenza non per conformare il contenuto del contratto ad una astratta e ideale redistribuzione degli interessi, né per sindacare la convenienza dell'affare. Il giudizio di meritevolezza, attraverso il parametro della solidarietà, reprime una condotta

---

le di condotta in materia di intermediazione finanziaria; Cass. 21 settembre 2012, n. 16049, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 285, con nota di S. GUADAGNO, *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*.

<sup>75</sup> L'operazione è definita «4 you» proprio a rimarcare attraverso un gioco di parole la presenza di quattro negozi: in particolare, un mandato conferito alla Banca; un mutuo a favore del cliente; l'acquisto dei titoli; la costituzione di un pegno sui titoli acquistati. È chiaramente manifesto, dunque, a prescindere dal carattere aleatorio tale operazione negoziale, il totale beneficio speculativo per l'intermediario finanziario e l'assenza effettiva di una qualche utilità – sia pur minima – per il cliente.

<sup>76</sup> Trib. Modena 23 dicembre 2011, in *Contr.*, 2012, 130, con nota di V. SANGIOVANNI, *Contratto di swap, alea unilaterale e interesse non meritevoli di tutela*. Si veda inoltre Trib. Padova, 3 gennaio 2022, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, IV, 764, con nota di D. FORESTA, *Contratti finanziari, la (discutibile) conferma della non meritevolezza degli interest rate swap con funzione di macro hedging*. Il giudizio di meritevolezza, così come consolidatosi in seno alla giurisprudenza, ha investito negli ultimi tempi anche diversi contratti. Sul punto, si veda Trib. Milano, 25 gennaio 2022, in *Contr.*, 2022, III, 227, con nota di F. RUSSO, *Sul giudizio di meritevolezza del contratto di risparmio edilizio «spurio»*; App. Trieste, 15 aprile 2021, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, V, 1035, con nota di F. RUSSO, *Sulla meritevolezza della clausola «rischio cambio» nel contratto di leasing*.

<sup>77</sup> Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Dir. e giust.*, 2023, fasc. 26, 3, con nota di R. BENCINI, *Leasing indicizzato e derivati impliciti: il faro delle Sezioni Unite*.



prevaricatoria con effetti distorsivi del consenso che abbia, per questo, determinato una ingiusta sproporzione tra i valori economici delle prestazioni contrattuali.

5. – In tale quadro ordinamentale, ben si comprende come qualsivoglia tentativo di giustificare un controllo del contenuto del contratto sulla base della sola proporzionalità delle prestazioni non solo risulta privo di una consolidata esperienza che permetta di definire in astratto un assetto ‘giusto’, ma rischia anche di apparire ingiustificato.

L’armonia crescente tra la giurisprudenza e la tendenza legislativa degli ultimi anni mostra un impianto sistematico solido, rivolto alla ricerca di rimedi sempre più efficaci per garantire un contesto circostanziale a tutela della libera scelta, quale presupposto necessario per un assetto di interessi ‘adeguato’ alle volontà effettive delle parti. Se è ancora possibile sostenere l’esistenza di una ‘giustizia contrattuale’, essa non andrebbe ricostruita sulla base di valori meta-giuridici, ma valorizzando il dato positivo e i rimedi effettivi che prendono forma dalla necessità di reagire ad un’ingiustizia concreta, quella di un disequilibrio dei valori delle prestazioni determinato dall’insussistenza dei presupposti naturali che condizionano la consensualità dello scambio.

In questa prospettiva, si giustificano anche i più attuali orientamenti giurisprudenziali ove principi e clausole generali non mirano ad assicurare un astratto parallelismo tra le prestazioni (il cui bilanciamento non può che essere rimesso alla piena disponibilità delle parti), ma a garantire che l’operazione economica non diventi, in concreto, uno strumento contrario al dovere di non prevaricazione del consenso, quale specificazione del più alto principio di solidarietà sociale tutelato dal dettato costituzionale.

È certo che anche forme di protezionismo e garantismo eccessive della volontà limitano la circolazione della ricchezza. Il legislatore, dunque, che si trova ad elaborare strumenti volti a tutelare la libera volontà e l’interprete che invece è chiamato ad applicare quei rimedi, anche facendo uso dei principi generali, sono posti nella difficile posizione di distinguere un disequilibrio economico ascrivibile ad una manifestazione fisiologica del consenso, rispetto a quello che appare, invece, patologico, perché espressione di *status* o di posizioni personali di debolezza o, più in generale, perché frutto di una volontà alterata da circostanze esterne.

Siffatta prospettiva non vuole essere completamente estranea all’importanza dei principi generali dell’ordinamento, ma sollecitare primariamente la valorizzazione dell’atto di autonomia privata nelle logiche del mercato. Il tema della ‘giustizia contrattuale’ non vede l’applicazione dei principi come una mediazione dei conflitti o una redistribuzione degli interessi dei privati, ma semmai come una tutela della libertà di scelta. L’autonomia privata, quale facoltà delle parti di assegnare un determinato valore alle prestazioni, è tutelata dall’‘esterno’, sebbene tanto il legislatore che il diritto applicato non si limitano a garantire posizioni di reciproca parità formale tra le parti, ma che esse godano di una concreta idoneità ad influire sulla intesa<sup>78</sup>.

Al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, l’ordinamento non attribuisce un potere giudiziario di valutazione della congruità dello scambio. I valori delle prestazioni non sono mai ‘congrui’, semmai ‘adeguati’ ad una volontà che risulti essersi formata in piena libertà e consapevolezza.

---

<sup>78</sup> Per G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l’inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, in part. 333 ss., la parità è un principio fondamentale e la condizione necessaria perché un atto possa essere qualificato contratto; per questo l’ordine giuridico deve garantire «l’effettivo equilibrio delle parti, da impedire, attraverso un armonico bilanciamento, che uno dei due contraenti possa trovarsi in posizione tipicamente svantaggiata rispetto all’altra» (334), senza introdurre meccanismi per «valutare l’esito, e cioè l’adeguatezza, dello scambio» (335).



# JUS CIVILE

Laddove la (s)proporzione tra i valori delle prestazioni del contratto esprima un concetto normativo di rilevanza giuridica, al giudice spetta solo il compito di indagare se l'asimmetria sia dovuta ad una patologia della volontà dei soggetti per effetto di eventi sopravvenuti imprevedibili, stati soggettivi eccezionali o fenomeni di dipendenza economica e di asimmetrie informative. Qualora le parti non siano state effettivamente nelle condizioni di poter esprimere una scelta libera, ovvero quando questa, espressa consapevolmente, sia stata successivamente alterata, il diritto dei contratti interviene per concretizzare un programma 'concreto' di giustizia, sia pur prevenendo o reprimendo contegni abusivi.

Anche la giurisprudenza recepisce i principi liberali del nuovo sistema, ma lo fa attraverso un uso rigoroso di istituti dal valore semantico alquanto elastici, come il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ.

Il diritto applicato non si limita perciò a garantire l'uguaglianza formale delle parti negoziatrici, ma estende il controllo sull'esercizio dell'autonomia privata e sul contenuto del contratto. Un sindacato, questo, che non mira certo a rideterminare il 'giusto' valore della prestazione in funzione di un superiore e/o collettivo interesse. Al giudice continua ad essere preclusa l'ingerenza nel contenuto dell'accordo; e, in effetti, il controllo non si traduce mai nella modificazione del rapporto giuridico, semmai in una pronuncia di risarcimento del danno o di invalidità del patto la cui significativa e ingiusta sproporzione sia sintomatica di un uso distorto e prevaricatore dell'autonomia contrattuale.

Nell'ambito del problema dell'equilibrio economico, dunque, il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., quale criterio di giudizio della meritevolezza di un contratto, permette al giudicante di invalidare un atto ingiustificatamente sproporzionato, perché frutto di una condotta abusiva e prevaricatoria. I principi sottesi all'autonomia contrattuale non sono scalfiti dall'intervento giudiziale, semmai tutelati; l'autonomia privata, infatti, riceve protezione dalla 'solidarietà' perché, orientando i rapporti all'agire corretto per preservare gli interessi della controparte, consente di salvaguardare il fisiologico esplicarsi del consenso.